

المدخل إلى القانون

الدكتور حسن كير

أستاذ كرسي القانون للدفن

وعمد كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

اهداءات ٢٠٠٢

حرم أ.د/ محسن خليل

الإسكندرية

المدخل إلى القانون

الدكتور حسن كير

أستاذ كرسى القانون للدق

وعمد كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية

الناشر: دار النشر
بإسكندرية

المراجع

نُتبت فيما يلي أهم المراجع العامة لهذا الكتاب . أما المراجع الخاصة ،
فمُسوف نُتبتها في موضعها الطبيعي بالنسبة الى كل موضوع من موضوعات
الكتاب على حدة .

٨ ١ — المراجع العربية

- أحمد سلامة — المدخل لدراسة القانون ، ١٩٦٣ .
- أحمد صفوت — مقدمة القانون ، ١٩٢٤ .
- اسماعيل غانم — محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ .
- برهام محمد عطا الله — مقدمة علم قواعد المعاملات — النظرية المسماة
بنظرية الحق ، ١٩٦٧ .
- توفيق فرج — مذكرات في المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٠ .
- جميل الشرقلوى — دروس في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ .
- دروس في أصول القانون : ج ١ ، نظرية القانون ،
ج ٢ ، نظرية الحق ، ١٩٦٦ .
- حسن كيره — محاضرات في المدخل للقانون ، ١٩٥٤ .
- أصول القانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٩ — ١٩٦٠ .
- الموجز في المدخل للقانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٣ .
- المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصرى ،
١٩٦٧ .
- مبادئ القانون وبخاصة القانون اللبناني ، ١٩٦٨ .
- سليمان مرقس — المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ .

- شفيق شحاته — محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٤٩ .
- شمس الدين الوكيل — محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٤ .
- النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ .
- عبد الحى حجازى — مذكرات في نظرية الحق ، ١٩٥١ .
- المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج ١ ، القانون ، ١٩٦٦ .
- عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبوسقيت — أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، ١٩٤١ .
- عبد الفتاح عبد الباقي — نظرية القانون ، ١٩٥٤ — الطبعة الخامسة ، ١٩٦٦ .
- نظرية الحق ، ١٩٥٧ .
- عبد المنعم البدرأوى — المدخل للقانون الخاص ، ١٩٥٧ .
- النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٠ .
- المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٦ .
- عبد المنعم قرج الصدة — نظرية الحق في القانون المدنى الجديد ، ١٩٥٠ .
- أصول القانون ، ١٩٦٦ .
- عدنان القوتلى — الوجيز في الحقوق المدنية ، الجزء الاول ، ١٩٦٠ .
- محمد سامى مذكور — نظرية الحق ، ١٩٥٤ .
- محمد على إمام — محاضرات في نظرية القانون ، ١٩٥٤ .
- محمد على عرفة — مبادئ العلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٦ .
- محمد كامل مرسى — شرح القانون المدنى الجديد ، الباب التمهيدي ، ١٩٥٤ .
- محمد كامل مرسى وسيد مصطفى — أصول القوانين ، ١٩٢٣ .
- محمود جمال الدين زكى — دروس في نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٥٥ .
- متصور مصطفى منصور — المدخل للعلوم القانونية ، ج ١ ، نظرية القانون ، ج ٢ ، نظرية الحق ، ١٩٦٢ .
- هشام القاسم — المدخل الى علم الحقوق ، ١٩٦٥ .

٨ ٢ — المراجع الفرنسية

Beudant (Ch.), le droit individuel et l'Etat, 3e éd., 1920.

Boistel, Cours de philosophie du droit, 2 vol. 1899.

Bonnecase, Introduction à l'étude du droit, 1939.

Capitant, (Henri), Introduction à l'étude du droit civil, 4ème éd., 1921.

Capitant, (H.), Colin et de La Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 11ème éd., 1947.

Capitant (René), l'impératif juridique, thèse, Paris, 1928.

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, 1929.

— Le droit subjectif, 1952.

— Théorie générale du droit, 2ème éd., 1953

Darbellay, La règle juridique, 1945.

Del Vecchio, Philosophie du droit, trad. française, 1953.

Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, 1909.

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3ème éd., 1937.

— Leçons de droit public général, 1926.

Emmanuel, L'idée de droit, 1937.

Le Fur, Les grands problèmes du droit, 1937.

Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 1932.

— Science et technique en droit privé positif, 4 vol., 1914 — 1924.

De la Gressaye et Laborde-Lacoste, Introduction générale à l'étude du droit, 1947.

- Haesaert, Théorie générale du droit, 1948.
- Levy - Ulmann, Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques, t. I, la définition du droit, 1917.
- Marty et Raynaud, Droit civil, t. I, 1958.
- May, Introduction à la science du droit, 1932.
- Mazeaud (H. L. et J.), Leçons de droit civil, t. I, 1956.
- Pasquier, Introduction à la théorie générale et la philosophie du droit, 3ème éd., 1948.
- Picard (Edmond), Le droit pur, 1908.
- Réglade, Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique, 1950.
- Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4ème éd., 1949.
- Le déclin du droit, 1949.
- Les forces créatrices du droit, 1955.
- Ripert et Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. I, 1956.
- Roguin, La science juridique pure, 3 vol., 1923.
- Roubier, Théorie générale du droit, 1946.
- Droits subjectifs et situations juridiques, 1963.

٢٨ — المراجع الانجليزية

- Allen, Law in the making, 1946.
- Cairns, Legal philosophy from PLATO to HEGEL, 1949.
- Friedmann, Legal theory.
- Gray, The nature and sources of the Law, 1948.
- Vinogradoff, Common-sense in Law, 1943.

مقدمة

١ - اصطلاح القانون وتعدد مدلولاته

الاصل ان اصطلاح « القانون » يطلق لفة على كل قاعدة أو قواعد مطردة يحمل اطرافها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام . ولذلك يكثر استعماله بهذا المدلول في شئون كثيرة مختلفة . فيقال مثلا «قانون الكون»، ويراد به نظام الكون المستقر من دوران الكواكب ومسيرها وتعاقب الليل والنهار في الارض . ويقال قانون « الجاذبية الارضية » ، ويراد به القاعدة المستقرة التي تقضى بالجذب الاجسام وسقوطها باطراد الى الارض كلما التفت في الفضاء . ويقال « قانون العرض والطلب » ، ويراد به القاعدة المستقرة في الاقتصاد من تائر الاسعار والاجور باختلال التوازن بين العرض والطلب في السلع والخدمات .

غير ان اللغة القانونية استحوذت على هذا الاصطلاح ورصدته اساسا للدلالة بوجه عام على مجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع . وبذلك يشمل اصطلاح « القانون » في هذا المدلول العام كل ما قد يوجد في الجماعة من قواعد تحكم سلوك الافراد حكما ملزما بقصد اقامة نظام هذه الجماعة . واصطلاح القانون بهذا المدلول هو الذي يعنينا اصلا في هذا الكتاب .

ولذلك يكون من الواجب بداءة التمييز بين هذا المدلول العام وبين مدلول آخر خاص لهذا الاصطلاح ، اذ كثيرا ما يطلق اصطلاح « القانون » على قواعد قانونية معينة هي التي تصدر عن السلطة التشريعية العادية . غير ان

حينئذ بالقانون التعبير عن التشريع ، ولذلك يقال قانون الشهر العقارى وقانون تنظيم الجامعات وقانون المحاماة ، ويراد بذلك التشريعات التى تحكم هذه المسائل .

ولكن التشريع — كما سجد البيان — ليس هو المصدر الوحيد الذى يعطى للقواعد القانونية قوتها الملزمة فى العمل ، أى ليس هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون بمعناه العام الواسع ، حتى تصدق التسبوية بينهما فى الاصطلاح . ولعل أهمية التشريع بين مصادر القانون هى التى بررت الترخص فى اطلاق اصطلاح « القانون » على التشريع ، ويسرت بذلك الخلط بين القانون ذاته كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، وبين أحد مصادره الرسمية الهامة وهو التشريع .

وإذا كان مثل هذا الخلط واجب الدفع للتمييز بين هذين المدلولين لاصطلاح « القانون » (١) ، وكان المدلول المقصود أصلا والذى سوف نعنيه فى هذا الكتاب بأطلاق هذا الاصطلاح هو المدلول العام الواسع الذى ينصرف إلى مجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، فيراعى أن هذا الاصطلاح يتولد منه اصطلاح آخر مركب للدلالة على أن هذه القواعد سائدة ومطبقة فعلا فى المجتمع ، هو اصطلاح « القانون الوضعى » (Le droit positif) . وهو اصطلاح يتحدد بالزمان والمكان على السواء ، فيقال « القانون الوضعى المصرى أو الفرنسى الحالى » مثلا ، للدلالة على القانون السائد فى مصر أو فرنسا فى الآونة الحاضرة .

فالمقصود بصفة الوضعية التى تلحق قانون جماعة معينة فى وقت معين ،

(١) يراعى أن اللغة القانونية الفرنسية تستعمل اصطلاحين مختلفين للتعبير عن هذين المدلولين ، إذ تعبر عن المدلول العام الواسع بـ (Le Droit) ، وعن المدلول الخاص الضيق بـ (Le Loi) .

هو توافر الصفة الإيجابية لتوافده عن طريق ما يصحبها ويؤيدها في التطبيق من اجبار ماضى معين تملكه سلطة عامة في الجماعة (١) :

٢ — تفرع الحقوق من القانون

إذا كان القانون يتصدى لحكم سلوك الافراد في المجتمع حكما ملزما ، فانه يعمل — أمام تشابك مصالح الافراد وتعارضها فيما يقوم بينهم من علاقات — على تغليب بعض هذه المصالح على بعض ، ووضع أصحاب المصالح المغلبة في مركز ممتاز بالنسبة الى غيرهم من الافراد ، بحيث يثبت لهم حقوقا تخولهم الاستئثار بسلطات معينة تلتزم الكافة باحترامها .

فقد يخول لفرد من الافراد الاستئثار بالتسلط على شيء من الاشياء باعطائه حق الملكية عليه ، فيضعه بذلك في مركز ممتاز على غيره من الافراد بما يثبت له من احتكار التسلط على هذا الشيء ، والتزام الكافة باحترام حقه في هذا التسلط .

وقد يخول القانون لفرد من الافراد سلطة اقتضاء عمل او امتناع عن جانب شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، فيثبت له بذلك حقا قبل هذا الشخص ، يجعله في مركز ممتاز سواء بالنسبة الى الملتزم بالعمل او الامتناع لقدرته على اقتضاء الوفاء منه بهذا الالتزام ، او بالنسبة الى الكافة جميعا لاتفراده دونهم قبل الملتزم بمثل هذه القدرة .

(١) لعل اللفظ الفرنسي في هذا الصدد أدق في التعبير من اللفظ العربي ، إذ لفظ (positif) يعنى فعال او ايجابى بالمقابلة للفظ (négalatif) أى سلبى . أما اللفظ العربى « وضعى » ، فقد يدعو الى الظن بأن القانون الوضعى يقصد به القانون الذى يضعه الناس ويصدر عنهم ، وهو ما يشيع فهمه في اللغة الجارية التى تجعل القانون الوضعى بهذا المعنى مقابلا للقانون المسبوق الذى يضعه الله . وبمثل هذا الظن غير صحيح في الاصطلاح القانونى . فالمقصود بالقانون الوضعى كما سبق البيان ، القانون المساند والمطبق عملا ، وذلك دون اعتبار لمصدر توافده . فيعتبر قانونا وضعيا في جماعة معينة كل ما يطبق فيها من قواعد قانونية ولو كان مصدرها مسبويا . وهذا هو ما عليه الحال في مصر ، حيث يعتبر الدين — وهو مصدر مساوى — المصدر الرسمى لأغلب القواعد التى تحكم بمقتل الاحوال الشخصية ، وبذلك تعتبر هذه القواعد الفنية المساوية جزءا من القانون الوضعى المصرى الحالى .

وبذلك تتفرع الحقوق من القانون . وذلك ظاهرة يمتاز بها القانون على الاخلاق كما سنرى ، اذ هو لا يقتنع كالاخلاق بمجرد غرض التكليف والواجبت على افراد ، بل يجاوز ذلك الى تقرير الحقوق لهم وهو ما لاتنعمله الاخلاق . وبذلك تحتل الحقوق أهمية كبرى في النظام القانونى .

٢ — خطة الكتاب

نستهدف فى هذا الكتاب الوقوف على الاصول الكلية التى تحكم القانون ، وهو ما يقتضى دراسة القاعدة القانونية فى ذاتها ودراسة ما يتفرع عنها من فكرة الحق . ولكن قد يثبى التمهيد لذلك بكلمة عامة فى القانون تعرف به وتبين خصائصه وأنواعه .

وبذلك نقسم الكتاب على النحو التالى :

باب تمهيدى — فى القانون بوجه عام .

القسم الاول — فى النظرية العامة للقاعدة القانونية .

القسم الثانى — فى النظرية العامة للحق .

بَابُ تَمْهِيدِي
فِي الْقَانُونِ بَوَاجِدِ عَامٍ

٤ — عرض وتقسيم

ينبغي في صدد التمهيد لدراسة القانون الوقوف أولا على خصائصه الجوهرية التي تميزه عما قد يختلط به من نظم وقواعد أخرى مشابهة .

وإذا كان من أهم هذه الخصائص كون قواعد القانون قواعد ملزمة ، إلا أن ذلك لا يعنى انعدام سلطان ارادة الافراد في مخالفة أى منها ، فالارادة تملك مثل هذه المخالفة في صدد طائفة معينة من القواعد القانونية هي طائفة القواعد المفسرة أو المكملة ، دون أن يطمئن ذلك جميعا لهذه القواعد من قسوة الزامية باعتبارها قواعد قانونية .

وإذا كان القانون يتعرض لموضوعات شتى ويتسع نطاقه لمختلف الروابط والعلاقات بين الاشخاص ، فإن ذلك قد اتاح تقسيمه — بحسب هذا الاختلاف — الى قسمين كبيرين : القانون العام والقانون الخاص ، يقوم كل منهما على أسس ومبادئ مختلفة ، ويضم تحته أنواعا وفروعا شتى .

لذلك نقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول ثلاثة :

الفصل الاول — في خصائص القانون .

الفصل الثانى — في مدى سلطان ارادة الافراد ازاء القانون .

الفصل الثالث — في اقسام القانون وفروعه .

الفصل الأول

خصائص القانون

هـ - الحاجة الى القانون

لعل من الحقائق المسلمة التي لم تعد اليوم محل جدل أو خلاف أن الإنسان كائن اجتماعي بفطرته وطبيعته لا يستطيع أن يعتزل الناس ليعيش وحيدا لأنه أعجز بمفرده عن الكفاء بنفسه أو الوفاء بمختلف حاجاته ، فهو كائن مستطيع بغيره أو على الاصح بالاشتراك مع غيره ، ولذلك يعيش دائما في مجتمع من الناس . غير أن المجتمع لا يستقيم أمره الا اذا استوى على سنن بينة ينزل الناس جميعا عند حكمها . ذلك أن وجود المجتمع يستتبع حتما وجود علاقات عديدة بين افراده ، علاقات عائلية أو اقتصادية أو سياسية ، وهي علاقات لا يمكن أن تترك فوضى ينظمها كل فرد وفق رغبته ومشينته ، والا حقت قولة الفيلسوف الفرنسي «بسويه» Bossuet : « حيث يملك الكل فعل ما يشاعون ، لا يملك أحد فعل ما يشاء ، وحيث لا سيد فالكل سيد ، وحيث الكل سيد فالكل عبيد (١) » .

وتلك حال لا يتصور أن تكون ، وإن كانت فهي لا تدوم ، اذ ينتهى الامر الى أن يكون الحكم للقوة تقضى في الضعفاء بما تشاء ... ومن هنا كان لابد للمجتمع من نظام يحكم نشاط الافراد وما يستتبعه بينهم من علاقات ،

Bossuet, cité par Chevallier, Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, p. 74. (١)

اي من قواعد موضوعة ابتداء يستهدى بها الافراد في تعرف سلوكهم ويلتزمون او يلزمون باحترامها ، وهى قواعد تهدف الى اقامة التوازن بين عديد الحريات المتعارضة ومختلف المصالح المتضاربة محققة بذلك النظام والاستقرار والعدل في المعاملات .

٦ — تعريف القانون واستخلاص خصائصه

تلك هى فكرة القانون في نشأتها وبساطتها : انسان لا يعيش الا في مجتمع ، ومجتمع لا يقوم الا على نظام ، ونظام لا يستوى الا على قواعد آمرة ملزمة يحمل الافراد على طاعتها بما تملك الجماعة من سلطة القهر والاجبار .

فهناك تلازم اذن بين القانون والمجتمع من ناحية ، اذ لا يوجد مجتمع دون قانون ويوجد القانون لاقامة نظام في المجتمع . وهناك تلازم بين القانون والجزاء من ناحية اخرى ، فلا يكفل احترام القانون الا بأخذ الافراد باحترامه جبرا على المخالف منهم ، وهو جبر لا يتاح بشكله المادى المنظم الا لسلطة عليا في الجماعة يكون لها احتكار القوة المادية واحتماسها بين يديها .

فالقانون اذن هو مجموع القواعد التى تقيم نظم المجتمع فتحكم سلوك الافراد وعلاقاتهم فيه ، والتى تناط كفالة احترامها بما تملك السلطة العامة في المجتمع من قوة الجبر والالزام (١) .

ومن هذا التعريف بالقانون ، يمكن ان نستخلص خصائص جوهرية اربع له : فهو يتضمن أولا قواعد سلوك . وهذه القواعد — ككل القواعد — تتوافر لها صفة العموم والتجريد . وهو يفترض كذلك وجود مجتمع ياتمر افراده بهذه القواعد ، فقواعده اذن اجتماعية . وهو يتضمن اخيرا جزاء ماديا منظما يكفل احترام هذه القواعد مما يجعلها قواعد ملزمة . فنمضى لكل من هذه الخصائص في بحث على حدة .

(١) انظر مع ذلك في مخلف تعريفات القانون ومناقشتها :

Lévy - Ulmann, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, T. I, *La définition du droit*, 1917. — Bonne-case, *Introduction à l'étude du droit*, 3ème éd., 1939, Nos. 1-9. — Haesaert, *Théorie générale du droit*, 1948, pp. 73-110.

المبحث الاول

القانون مجموعة قواعد سلوك

Règles de conduite

٧ — القواعد التقريرية والقواعد التقويمية

قلنا أن اصلاح « القانون » إذا أطلق في اللغة الجارية أريد به التعبير عن قاعدة مطردة يحمل اطرادها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام . ومن هنا يقال مثلا ، كما رأينا ، قانون الكون ، أو يقال قانون الجاذبية الأرضية ، أو يقال أن الماء يخضع لقانون الغليان بمعنى أن تسخينه إلى درجة المائة يؤدي دائما وحتمًا إلى غليانه . والقانون بهذا المعنى إنما يضع قاعدة تقريرية، أي قاعدة مقررة للواقع كما هو ، بمقتضاها تتحقق دائما أمثال تلك الظواهر حتميا إذا توافرت أسبابها ومقدماتها ، دون أن يتصور ورود أي استثناء على ذلك . إذ ورود هذا الاستثناء معناه أن القانون خاطيء لم يبصر بالواقع كله بصرا صحيحا شاملا (١) ، ذلك أنه لا يضع قاعدة لما ينبغي أن يكون بل لما هو كائن فعلا ، ومن هنا كان خضوعه للواقع دون خضوع الواقع له .

بينما القانون بالمعنى الذي نقصده من دراستنا إنما يضع قواعد سلوك أي قواعد تقويمية لا تقريرية ، لانه يضع قواعد بما ينبغي أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع لا قواعد بما عليه فعلا هذا السلوك . وهو يصوغ هذه القواعد وفق مثل وقيم عليها يستهدفها ، ثم يتوجه بها إلى الأفراد في صورة أمر أو تكليف واجب طاعته بأن يحاذوا مسلكهم عليها . فالواقع هنا — أي سلوك الأفراد — هو الذي يخضع للقانون فيعمل على مسيرة قواعده ، وليس القانون هو الذي يخضع للواقع فيسياره بأن يشكل نفسه حسب ما عليه سلوك الأفراد فعلا .

ولذلك قلنا أن القانون — على خلاف الظواهر الطبيعية — إنما يضع قواعد

تقويمية لاتقريرية، لانه لا يقر مثلها الواقع كما هو ، بل يقوم بتقديره وتقويمه
وغير المثل التي يستهدفها بما يعين الواجب في شأنه (١) .

٨ — القانون يفرض السلوك الواجب كإمر أو تكليف

رأينا أن القانون — على خلاف قوانين الظواهر الطبيعية — إنما يضع
قواعد تقويمية أي قواعد بالسلوك الواجب على الأفراد . ولكنه لا يتوجه بهذه
القواعد على سبيل النصح أو الترغيب ، وإنما يفرضها فرضا على سبيل
الإمر أو التكليف .

وفرض السلوك الواجب كإمر أو تكليف لازمة من لوازم القانون لا يتصور
وجوده دونها . لأن القانون إنما يستهدف إقامة النظام في المجتمع ، وهو ما
يتهدده حتما حمل السلوك الواجب محل النصح ، إذ يكون للأفراد حينئذ
حرية مخالفته . من أجل ذلك ، كان القانون دائما قائما بفرض ما يراه من
سلوك واجب فرضا يحمل معنى الزام الأفراد بالخضوع له . وهو في ذلك
يختلف عن الأخلاق التي قد تقوم في بعض الأحوال — إلى جنب ما تفرضه
من أوامر وتكاليف — ببيان بعض ما تراه واجبا من سلوك ولكن على سبيل
النصح والترغيب للوصول إلى سمو نفسى أكمل (٢) .

وإذا كان القانون في جوهره يتضمن تكليفا بالسلوك الواجب ، فإن وجود
مثل هذا التكليف يكون صريحا واضحا حيث ترد القاعدة القانونية في صورة
الإمر أو النهى . غير أن التكليف قد لا يتخذ مثل هذه الصورة الواضحة مما يثير
الشك في أمر توافره ، ولكنه متوافر رغم ذلك حتما في كل قاعدة قانونية .
فقد يخفى التكليف لأول وهلة في بعض القواعد القانونية المعروفة باسم
« القواعد المقررة » Règles dispositives ، وهى التى لا تأثر بشيء أو
تنهى عن شيء وإنما تقتصر على بيان حكم من الأحكام ، كالقاعدة التى تحدد
الموطن بمحل إقامة الشخص المعتادة أو بالمركز الرئيسى لأعماله ، أو تلك
التي تثبت اختصاصا معيناً لجهة أو هيئة معينة .

(١) انظر في الفقرة بين القانون وقوانين الظواهر الطبيعية :

René Capitant, L'illécite, thèse, Paris, 1928, pp. 1-5 et ss —

Dabin, Théorie générale du droit, 1953, No. 43.

Dabin, op. cit., No. 47. (٢)

غير ان هذه القواعد ، وان كان التكليف فيها غير صريح الصورة ، تتضمن في الواقع امرا او تكليفا الى الكافة او الى شخص او هيئة معينة باحترام احكامها والتزام سلوك معين فيما يوجد من علاقات او روابط قانونية . فالقاعدة التي تقرر ان الحيابة في المنقول سند الحائز ، تتضمن امرا الى الكافة بالامتناع عن التعرض للحائز حسن النية . والقاعدة التي تقرر ان موطن الشخص هو محل اقامته المعتادة تتضمن امرا الى الكافة بتوجيه الاوراق القضائية مثلا اليه في هذا المحل . والقاعدة التي تثبت الاختصاص لجهة او هيئة معينة ، تتضمن تكليفا الى هذه الهيئة بالعمل في حدود هذا الاختصاص وعدم تخطيه ، بما يمنع غيرها من مزاحمتها او مشاركتها فيه ، وتتضمن كذلك امرا الى الكافة بالخضوع لهذا الاختصاص والتزام ما يصدر عنه من اوامر او قرارات .

وقد يخفى التكليف كذلك بشأن بعض القواعد القانونية المعروفة باسم « القواعد المفسرة او المكملة » (Règles interprétatives ou supplétives) وهي التي تسرى في حال عدم اتفاق الافراد على خلاها . ولكنها تتضمن هي الاخرى تكليفا كذلك ، وان يكن هذا التكليف لا يتوجه الا الى طائفة من الافراد هي تلك التي تنصرف ارادتهم عن مخالفتها (١) .

المبحث الثاني

القانون مجموعة قواعد عامة مجردة

Règles générales et abstraites

٩ — التكليف القانوني تكليف علم مجرد

القانون باعتباره مجموعة قواعد تضع نظاما للمجتمع ، وباعتباره قواعد سلوك أى تكليفا بأمر أو مسلك معين ينبغي اتباعه ، انما يسبق في وجوده ما يواجهه من فروض يخضعها لحكمه . ومن هنا لم يكن من المتصور أن يتيسر

(١) انظر في تفصيل ذلك ما سجد في الفصل الثنى من الباب التهيدى ، وهو الخالص ببدى سلطان ارادة الافراد ازاء القانون .

حصر كل ما قد يمرض في المستقبل من مختلف الفروض والحالات الفردية غير المتناهية ، ووضع قاعدة آمرة بشأن كل حالة على حدتها ينصرف التكليف فيها الى شخص معين بذاته . فالنظام والاستقرار - وهو ما يستهدف القانون اقامته - يقضى بتحقيق المساواة بين الافراد ، وهذه المساواة لا يتيسر اقامتها ابتداء الا على أساس الوضع الغالب في الحياة الاجتماعية ، وهو ما يحتم أن يؤخذ التكليف المتوجه الى الافراد بمعيار موضوعي لا شخصي ، أى يلجأ فيه الى تجريد تكون العبرة فيه بعموم الصفة لا بتخصيص الذات .

فالتكليف الذى يتضمنه القانون اذن لا يمكن أن يكون الا تكليفا عاما مجردا يتوجه الى كل من تتوافر فيه صفة معينة لا الى شخص بعينه ، ويواجه كل واقعة تتوافر فيها شروط معينة لا واقعة معينة بذاتها ، ومن هنا جاء ما يميز به القانون من تواتر التطبيق واطراده كلما توافرت الصفة المطلوبة فى فرد أيا كان أو اجتمعت الشروط المعينة لواقعة أيا كانت .

فالعموم والتجريد اللذان يتميز بهما القانون يصدقان فى حق الاشخاص المخاطبين بما يتضمن من تكليف ، كما يصدقان فى حق الوقائع أو الروابط التى ينصرف الى تنظيمها هذا التكليف . وبعبارة اخرى فالقواعد القانونية تتميز بالعموم والتجريد - وهما وجهان لخصيصة واحدة - بالنسبة الى اشخاصها والى موضوعها على حد سواء .

والقانون باعتباره تكليفا عاما مجردا لا يستنفده - على خلاف التكليف الخاص كما سنرى - تطبيق ما على شخص معين أو واقعة معينة ، ولذلك فهو يكتسب صفة الدوام ، بمعنى أنه لا يقتصر على الحال بل يمتد كذلك الى الاستقبال ، فيترتب دائما بصفة الشخص أو نوع الواقعة ، وهو ما يتسع لعدد غير محدود أو محصور من الحالات .

فقاتون كقاتون الخدمة العسكرية ، يضع قاعدة قانونية لان التكليف فيه تكليف عام مجرد يتوجه الى كل من تتوافر فيه فى الحال أو الاستقبال صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والقدرة البدنية ، بينما لا يعتبر القرار الصادر بدعوة شخص معين للخدمة العسكرية قاعدة قانونية لانه انما يتوجه الى شخص معين بالذات .

والقاعدة التي تنص على أن الخطأ الذي ينتج عنه ضرر الغير يلزم صاحبه بالتعويض هي قاعدة قانونية لأنها عامة مجردة تنطبق على كل فعل ضار متى توافرت فيه صفة الخطأ ، بينما الحكم القضائي الصادر بالزام طبيب معين بأداء مبلغ ألف جنيه مصرى على سبيل التعويض الى مريض معين ، نتيجة خطئه خطأ جسيما فى العلاج مما ترتب عليه الاضرار بهذا المريض ، لا يعد هذا الحكم متضمنا لقاعدة قانونية ، لانه انما يواجه حالة بخصوصها ، فيتوجه بمجرد تكليف خاص لا يخاطب الا فردا معيناً بذاته ، هو ذلك الطبيب المقامة عليه الدعوى .

والقرار الصادر بتعيين شخص معين فى وظيفة عامة معينة لا يضع قاعدة قانونية لانه انما يخص شخصا معيناً بالذات ، بينما يضع القانون الخاص بشروط التوظيف قواعد قانونية لانه عام لا يواجه ذوات معينة بل صفات مجردة .

وليس يعنى أن القانون يضع قاعدة عامة انه يسرى فى حق الناس كافة ، فهو قد ينصرف الى طائفة محدودة من الناس دون أن يطمعن ذلك فيها له من صفة العموم والتجريد ، مادامت هذه الطائفة معينة بصفات من يدخل فيهما من أشخاص لا بذواتهم . ففانون السلطة القضائية مثلا يضع قواعد قانونية تسرى على طائفة القضاة وهم طائفة محدودة من الناس ، وهى على رغم ذلك قواعد قانونية بالمعنى الذى اوضحناه لانها تخص كل من تتوافر فيه صفة معينة هي صفة ولاية القضاء .

فالعبارة اذن ليست بعدد من تتوجه اليه القاعدة — قل أو أكثر — وانما بصفة من تتوجه اليه . فقد تتوجه القاعدة القانونية الى شخص واحد ورغم ذلك تظل قاعدة عامة مجردة ، لانها تتوجه الى صفة معينة لا الى شخص معين ، كالقواعد الخاصة بتحديد سلطات رئيس الدولة الدستورية التي لا تتوجه الى رئيس معين بذاته ، بل تتوجه الى كل من يشغل فى الحاضر أو المستقبل رئاسة الدولة .

وينبنى على ماتقدم أن التكليف العام المجرد الذى يتضمنه القانون يفترق عن

التكليف الخاص الذى يتوجه الى شخص معين بذاته أو يحكم رابطة أو واقعة معينة بذاتها ، والذى يتلاشى وينقضى أثره بتطبيقه على هذا الشخص أو تلك الواقعة ، كما هو الشأن بالنسبة للتكليف الذى يتضمنه حكم قضائى أو أمر ادارى أو عقد من العقود . فهذا التكليف الخاص لا يعدو أن يكون أمرا خاصا لا يرتفع الى مرتبة القاعدة القانونية لان صفة العموم والتجريد فيه مفقودة ، فهو يتوجه الى شخص معين بذاته لا بصفته ، فيسرى فى حقه وحده دون غيره من الناس ، أو يحكم واقعة معينة بذاتها ، فينطبق عليها وحدها دون غيرها من الوقائع .

ومن هنا ، فالقول بأن فى هذا التكليف الخاص قاعدة قانونية فردية — كما يذهب الى ذلك بعض فقهاء القانون العام خاصة (١) — لا يمكن التسليم به . فالقاعدة بطبيعتها عامة ، وهذه القواعد الفردية المدعاة — فضلا عن ذلك — لا تعدو ان تكون تطبيقا لقاعدة قانونية سابقة تتصف بصفة العموم والتجريد ، فلا حاجة — مع وجودها — الى اسباغ صفة القاعدة القانونية على ما قد يكون لها من تطبيق فردى أو شخصى (٢) .

(١) Alibert, Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, 1926, p. 259. — René Capitant, thèse précitée, pp. 58 - 60, 153 - 156.

(٢) انظر فى منقشة ورغش القول بوجود قواعد قانونية فردية :

Dabin, op. cit., Nos. 56, 57. — Marty et Raynaud, Droit civil, t. 1, 1956, No. 122.

وكتابنا « أصول القانون » ، ١٩٥٩ / ١٦٠ ، فقرة ١٠ من ٢٩ و ٢٠ .

المبحث الثالث

القانون مجموعة قواعد اجتماعية

Règles sociales

١٠ — بيئة القانون الاجتماعية (١)

قلنا ان القانون يضع قواعد سلوك ياتمر بها الافراد . والافراد — كما رأينا — لا يمكن أن يعيشوا الا فى مجتمع ، فكأن القانون اذن انما يفترض وجود بيئة اجتماعية .

والمقصود بالمجتمع أو البيئة الاجتماعية هنا ، ليس تجمع أفراد من الناس — قلوا أو كثروا — فى بقعة من الارض معينة ، دون هدف واحد يربطهم ويجمع بينهم وانما هو شركة يجمع أعضاؤها التضامن لتحقيق ما بينهم من صالح مشترك . ولا مناص لهذا المجتمع من أن يكون له نظام تتولى قواعده تحديد التعاون بين الشركاء وكفالة دوامه لتحقيق الغاية المشتركة . وهو ما يقتضى وجود سلطة تكون لها السيادة على أفراد المجتمع بما يمكنها من فرض كلمة القانون . ولذلك فالقانون يوجد فى مجتمع سياسى منظم يخضع أفراداه لسيادة سلطة عامة تملك عليهم حق الجبر والقهر .

ولئن كانت الدولة هى الشكل الواضح اليوم لمثل هذا المجتمع السياسى المنظم ، الا أن ذلك لا يعنى أن الدولة هى الشكل الوحيد لبيئة القانون ، فقد يوجد القانون فى مجتمع لا تتوافر له عناصر الدولة أو شكلها ، ما دامت نمة سلطة تمتلك حق السيادة والاجبار فيه . ولذلك كان القانون أسبق فى الوجود تاريخيا من الدولة ، ولم يصل الى بيئتها حيث التنظيم السياسى الكامل الا بعد أن مر طوال أحقاب طويلة ببيئات مختلفة تتدرج نحو هذا التنظيم . فقد بدأ

(١) انظر فى ذلك :

Réglade, Valeur sociale et concepts juridiques, normes et technique, 1950, p. 49, — Roubier, Théorie générale du droit, 1946, pp. 23, 24. — Del Vecchio, Philosophie du droit, 1953, pp. 346-377.

المجتمع فى نطاق محدود هو الاسرة البدائية أو القبلية فى القديم ، ثم تطور الى الاقطاعية فى العصور الوسطى ، وانتهى فى عصرنا هذا الى أن ينحصر فى الوطن أو الدولة ، ولعل هذه المرحلة ليست نهاية مراحلها ، اذ يبقى أن يكون العالم مجتمعا واحدا .

واذا كان القانون ينشأ فى بيئة اجتماعية ، فإنه لابد متأثر بها متطور معها فى تقدمها ، ولذلك كان اختلافه من بيئة الى أخرى بحسب اختلاف الظروف والحياة فيها .

١١ - القانون والعلوم الاجتماعية

القانون ، بوصفه مجموعة قواعد تستهدف اقامة نظام اجتماعى عن طريق حكم سلوك الافراد فى المجتمع ، يدخل فى نطاق العلوم الاجتماعية . ومن هنا ، كانت صلاته بها واعتماده عليها فى اقامة قواعده .

فهو يتصل بعلم السياسة حين يضع قواعد النظام السياسى فى المجتمع ، فيحدد شكل الحكم وتوزع السلطات العامة وتعاونها .

وهو يتصل بعلم الاجتماع ، اذ يعتمد عليه فى تعرف الحقائق الاجتماعية كما هى حية فى المجتمع ، ولذلك كان القانون مدينا لعلم الاجتماع بكثير من المواد الاولى التى يصوغ منها نسيجه .

وهو يتصل بالتاريخ ليقف على الانظمة القانونية السابقة ومدى نجاحها العملى فى التطبيق ، فيستهدى فى وضع قواعده بمثل هذه التجارب التاريخية النافعة .

وهو يتصل بالاقتصاد السياسى حين يعرض لتنظيم الروابط الاقتصادية المختلفة . والتأثر المتبادل بينهما وثيق كما سنرى ، حيث نجد فى مقابلة فكرة العدل الخاص أو النزعة الفردية فى القانون مذهب « الاقتصاد الحر » ، وفى مقابلة فكرة العدل العام أو النزعة الاجتماعية فى القانون مذهب « الاقتصاد المدار » ، وبذلك يتراوح الامر فى القانون وفى الاقتصاد السياسى بين مبدأ حرية

الفرد ومبدأ سيطرة الجماعة • وإذا كان القانون يعتمد على كثير من العوامل الاقتصادية ، فإن ذلك لا يعنى أنه محكوم بالاقتصاد وحده ، فسنرى أن الاقتصاد ليس الا مجرد عامل ضمن عوامل أخرى كثيرة تدخل فى تكوين القانون (١) •

١٢ — القانون وقواعد السلوك الاجتماعية الأخرى

القانون باعتباره مقيما لنظام اجتماعى يتغلغل فى الحياة الاجتماعية ويوغل فيها حتى يكاد ينبسط نطاقه على أكثر مظاهرها ومعالمها ، به أنه مائل حاضرا فى أكثر مظاهر النشاط اليومى بحكم ما يصدر عنها من تصرفات تبدو مع التكرار آلية كشراء الجرائد والحاجات المنزلية وهو ما يكون بيعا ، وركوب الترام والاختلاف الى دور السينما وهو ما يكون ايجارا •

غير أن القانون وأن كان يسيطر على أكثر مظاهر الحياة الاجتماعية ، فليست قواعده بالوحيدة — وأن تكن فى الطليعة — بين القواعد التى تنظم الحياة فى المجتمع ، مما يقتضى التمييز بينها بوضوح على النحو التالى :

(١) القانون وقواعد العادات والمجاملات

توجد فى كل مجتمع قواعد يتواضع الناس على اتباعها فى علاقاتهم وصلاتهم اليومية ، أو يجرى بها التقليد بينهم فى مظهرهم وملبسهم • فثم قواعد تقضى بها المجاملات ويحتمها حسن التهذيب والتمدين ، كالسلام والتحية عند اللقاء ، والعزاء والمواساة فى الكوارث أو الموت ، والتهنئة فى الخير • وثم قواعد تقضى بها العادات والتقاليد فى شأن الملبس أو المظهر ، تتفاوت وتختلف باختلاف المناسبات ، وباختلاف الافراد الى رجال ونساء •

فكل هذه القواعد وأمثالها قواعد ياتمر بها سلوك الافراد فى المجتمع بل ويمدها هؤلاء الافراد ملزمة لهم بحيث يستنكرون الخروج عليها ، ومن هنا كانت هذه القواعد قواعد اجتماعية يقوم على كفاية احترامها جزاء معين وهو استنكار الناس •

(١) أنظر ما سيرد بعد عند الكلام فى المنصر الولقى فى تكوين القاعدة القانونية •

ولذلك قد يقال ان الاختلاف فى الجزاء يصلح معيارا للفرقة بين قواعد القانون وقواعد المجاملات والتقاليد ، اذ بينما يقتصر الجزاء فى الثانية على مجرد استنكار الناس ، يكون الجزاء فى الاولى هو ذلك الاجبار الذى تحتكر السلطة العامة فى الجماعة حق توقيعه على المخالف . ولكن يبقى التساؤل عن سبب هذا الاختلاف فى الجزاء . وليس يصلح القول برد ذلك الى اختلاف الموضوع بين هذين النوعين من القواعد اذ لا توجد حدود منضبطة تفصل بين موضوعيهما ، فهما متداخلان متشابكان . ولذلك لا يكون من العسير أو الغريب تحول بعض قواعد المجاملات والتقاليد الى قواعد قانونية . فمن المنصور تدخل القانون ليفرض زيا معنا على الناس ، او ليأمر باطلاق اللحي او حلقتها او باطالة اثواب النساء او تقصيرها .

فما هو المعيار الذى يمكن الاعتماد عليه اذن للفرقة بين قواعد القانون وبين قواعد المجاملات والتقاليد ؟ . لعل خير معيار فى هذا الصدد هو تفاوت المصالح - الذى يقوم على أساس تحقيقها هذان النوعان من القواعد - فى قدرها وأهميتها للنظام والاستقرار فى المجتمع . فالمقيم التى تعمل على اقرارها قواعد العادات والتقاليد والمجاملات أضعف أثرا فى اقامة النظام الاجتماعى من تلك التى يعمل القانون على اقرارها ، ولذلك لا تحتاج كفالته الى اجبار مادى جماعى بل يكفى فى شأنها مجرد الاستنكار العام . (١)

(٢) القانون والأخلاق (٢)

اذا كان القانون والأخلاق لم تتحد معالم التفرقة بينهما بشكل واضح الا منذ

(١) انظر :

Esmeln (R.), La place du droit dans la vie sociale, dans l'ouvrage collectif d'introduction à l'étude du droit, t. I, 1951, pp. 111 - 113.

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 5, pp. 38 - 42 — Réglade, op. cit., pp. 43 - 52 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 37 — Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Nos. 14 - 18, 206, 208. — Draghicescu, Droit, morale et religion, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 229 - 245. — Le Fur, Les caractères essentiels de droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 3 - 4, pp. 7 - 27. — Esmeln, article précité, pp. 119 - 127.

وكتبنا « أصول القانون » فقرة ١٦ ، ص ٢٧ — ٢٦ .

القرن الثامن عشر (١) ، الا أن هذه التفرقة المستقرة اليوم ما زالت تختلف اليها السبل وتتباين بشأنها المعايير . وقد يتبع لنا الوقوف عند مايمز القانون من كونه يستهدف اقامة نظام اجتماعي ، سبيلا الى اقامة التفرقة بينهما على اساس سليم .

١ - نطاق القانون والاخلاق : اذا كانت التفرقة مستقرة اليوم بين القانون والاخلاق ، فان القانون مع ذلك يلتقى مع الاخلاق في كثير من قواعدها ، كذلك التي تحرم الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، أو التي تدعو الى الوفاء بالعهود ، أو التي تحرم الاثراء بغير سبب مشروع . ولكن دون أن يجر هذا الالتقاء الى اختلاط القانون بالاخلاق ، اذ يظل لكل منهما نطاقه وغايته .

فكثيرا ما ينسبط سلطان القانون على ما تنفusz الاخلاق يدها منه لأنه مما تقتضيه ضرورات الحياة في الجماعة دون أن يثير مسألة أخلاقية ، كتنظيم المرور في الطرق العامة ، وتحديد مواعيد للظمن في الاحكام ، واشتراط الرسمية في بعض التصرفات ، فهذه أمور تنظيمية بحتة تحتمها فكرة النفع الاجتماعي . ويقابل ذلك أن القانون يقصر بدوره عن تناول كل ما تقضى به الاخلاق ، فهو لايهتم في الاصل بما قد تأمر به من بعض الفضائل كالصدق والشجاعة والشهامة والترفع عن الزلفى والنفاق .

وبذلك يتضح أن النطاق ، اذا كان يتداخل بين القانون والاخلاق حيناً ، الا أنه يتباعد أحيانا : فهو تارة ينسبط في القانون عنه في الاخلاق ، وتارة أخرى يتسع في الاخلاق عنه في القانون .

٢ - معيار التفرقة بين القانون والاخلاق : اذا كانت التفرقة مسلمة اليوم بين القانون والاخلاق ، فان ذلك لم يمنع الفلاسفة والفقهاء من الاختلاف حول معيارها اختلافا كبيرا .

(١) انظر في تاريخ التفرقة بين القانون والاخلاق :

Del Vecchio, Philosophie de droit, 1953, pp. 272-275. — Roubier, op. cit., No. 5, pp. 32-38.

وكتابنا سالف الذكر ، هاش « ٢ » ص ٣٧ و ٣٨ .

فبعض الفقهاء يرون هذا المعيار فى اقتصار الاخلاق على حكم الحياة الباطنة فى الضمير التى مازالت فى النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تخرج الى الوجود بعد فى صورة أفعال ، واقتصار القانون على المحسوس من الأفعال دون الوقوف عند ما يستتر وراءها فى الضمير من دوافع خفية (١) .

ولكن الواقع أن الاخلاق ، وإن كانت تعنى فى الأصل بمحض المقاصد والنوايا الباطنة ، فهى لا تقتصر على ذلك ، بل تمتد أيضا الى كثير من الأفعال الخارجية المحسوسة . وآية ذلك أن الاخلاق لا تقتصر على بيان واجبات الفرد قبل ربه وواجباته قبل نفسه فحسب، ولكنها تجاوز ذلك الى بيان واجباته قبل غيره من الأفراد (٢) ، وهو ما يتناول عالم النية وعالم المحسوس من الأفعال على حد سواء . وكذلك القانون ، فإنه إن كان فى الأصل يحكم مايخرج الى الوجود من أفعال ، فهو لايقفل عما يستخفى وراء هذه الأفعال فى النفس من دوافع (٣) ، وفى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى سبب الالتزام والعقد خير دليل على ذلك . فالمالك الذى يقيم على حدود ملكه سورا يرتفع ارتفاعا شاهقا يحجب الضوء والهواء عن مالك الجار يؤمر بهدم السور الى الحد المعقول اذا ثبت أن نية الاضرار عنده قرينة على تعسفه فى استعمال حقه فى الملكية . واستئجار منزل بقصد ادارته للدعارة يبطل الإيجار ، لأن الباعث على التعاقد أمر مخالف للاداب مما يصبح معه سبب العقد غير مشروع .

ويرجع فقهاء آخرون مناط التفرقة بين القانون والاخلاق الى الجزاء (٤) ، فبينما تكفل السلطة العامة احترام القواعد القانونية بما لديها من وسائل مادية

(١) أنظر فى ذلك :

Kant, voir Roubier, op. cit., pp. 35, 36. — Cornil, Le droit privé, 1924, p. 5.

(٢) وقد أريد الاستناد الى ذلك لمقابلة القانون بالاخلاق والقول بتتصاره على بيان واجبات الفرد نحو غيره من الأفراد فحسب دون عناية ببيان واجباته نحو ربه أو نحو نفسه . ولكن هذا القول لا يصدق على إطلاقه ، فبعض القوانين تماكب على الإلحاد ، وبعضها يماكب على الشروع فى الانتحار (فى هذا المعنى : Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 31, 37.)

(٣) فى هذا المعنى :

R. Capitant, thèse précitée, pp. 189, 190. — Roubier, op. cit., pp. 35, 36. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 49, pp. 200-204.

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3ème éd., No. 68, (٤) pp. 92-94.

للاجبار والالزام لا تجد القواعد الاخلاقية من جزاء على خرقها الا مجرد تأنيب
الضمير أو استنكار الناس .

والحق أن الجزاء كما قالوا مختلف في القانون عنه في الاخلاق ، ولكنه
لا يفي بمفرده كمييار فاضل للترقية بينهما ، اذ يبقى التساؤل عن مبعث هذا
الاختلاف في الجزاء . والواقع أن اختلاف الجزاء ليس الا وليد اختلاف في
الغاية والهدف بين القانون والاخلاق . فغاية الاخلاق مثالية هي السمو
بالانسان ، وغاية القانون واقعية نفعية هي اقامة نظام في المجتمع . ولذلك
كانت قواعد الاخلاق منبثقة من الضمير ومتوجهة الى الفرد بقصد تطهير
النفس والمروج بها الى مراقى السمو والكمال الانساني . وكانت قواعد
القانون متوجهة الى الفرد بقصد تحقيق صالح الجماعة ، ذلك الصالح المشترك
الذي يربط بين افرادها ويقوم عليه نظامها .

فالاخلاق اذن انما تضع من القواعد مايحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر
الى ذاته ، أى بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى الشخص
ذاته من حيث الارتفاع بالنفس عنده الى ما ينبغي لها من سمو وكمال يحقق
خيرها وأمنها الداخلى . أما القانون ، فلا يضع من القواعد الا مايحدد قيمة
سلوك الشخص بالنظر الى المجتمع ، أى بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره
بالنسبة الى المجتمع نفسه من حيث تحقيق صالح هذا المجتمع ونفعه وأمنه .

ومن هنا كان قيام الاخلاق على اساس تحقيق قيم شخصية كمالية ، وقيام
القانون على اساس تحقيق قيم اجتماعية نفعية (١) . وبذلك فالاخلاق انما
تخضع الفرد لضميره في تطلعه الدائم الى السمو والكمال ، بينما القانون
يخضع الفرد للجماعة في سعيها التحثيث الى تحقيق صالحها واقامة النظام

(١) انظر في هذا المعنى :

Roubier ,op. cit., No. 5, p. 39. — R. Capitant, thèse précitée,
pp. 172 - 185. — Le Fur, article précité, p. 25. — Régla de . op.
cit., pp. 44 - 46.

والاستقرار فيها . ومن هنا كان مايقال من أن القانون هو نظام اجتماعي ،
والاخلاق هي نظام فردى أو شخصى (١) .

والنظامان — وان كانا يختلطان فى الظاهر — الا انهما يفترقان فى الواقع ،
حتى فى الصورة التى يجمعان فيها على قواعد واحدة . فكل من الاخلاق
والقانون يحرم القتل مثلاً ، ولكن لكل منهما هدفاً متبايناً من وراء هذا
التحريم ، فالقانون انما ينظر الى عواقب القتل الاجتماعية وما لها من اثر
وخيم فى أمن المجتمع واستقراره ، بينما تنظر الاخلاق الى ما تنحدر اليه نفس
القاتل من ذرئ سقيم فى الشر وانفاس فى الرذيلة . فالقانون حين يحرم
القتل اذن انما يحرمه باعتباره حارس المجتمع من كل ما يخل بأمنه
واستقراره ، بينما الاخلاق حين تحرمه انما تحرمه باعتبارها حارسة الفرد
ضد ما تحدثه به النفس من شر وخطيئة . فمحكمة الاخلاق اذن هي محكمة
الضمير حيث تدور معركة الخير والشر فى ذاته ، ومحكمة القانون هي محكمة
المجتمع حيث يصطارع النفع والضرر الاجتماعى .

٣ — آثار اختلاف الغاية بين القانون والاخلاق : اذا كان القانون والاخلاق
يختلفان هذا الاختلاف الجوهرى فى الغاية ، فان هذا الاختلاف لابد مستتب
افتراقاً كبيراً بينهما فى الآثار .

فاختلاف الغاية بين القانون والاخلاق ، يؤدى الى اختلافهما فى النطاق اذ يمتد
القانون — كما سبق البينان — الى ما لا يدخل بطبيعته فى غاية الاخلاق
حيث لا تعرض مشكلة ضمير ، وينقض القانون يده مما قد يدخل فى غاية
الاخلاق من تطلب الاستزادة من الخير والفضل النفسى .

واختلاف الغاية بين القانون والاخلاق ، يستتبع كذلك اختلافهما فى بعض ما
تقرضان — لنفس الحالات — من قواعد السلوك . ذلك أن القانون — وهو يهدف

(١) ولذلك يعبر بعض الفقهاء بحق من ذلك بقولهم ان القانون انما يستهدف تحقيق العدل ،
بينما تستهدف الاخلاق تحقيق الخير أو الرحمة والاحسان (R. Capitant, thèse précitée),
p. 174, notes 1 et 2. — Mazeaud, Leçons de droit civil, t. I, 1956,
No. 14, pp. '23, 24.

الى تحقيق العدل على أساس من اشاعة الاستقرار والامن والنظام فى الجماعة - يضطر الى النزول فى سبيل ذلك عن بعض القواعد والمثل الاخلاقية (١) ، كما يفعل حين يحى الحياة حتى فى مواجهة المالك الاصلى ، وحين يرخص للمدين فى الامتناع عن الوفاء اذا تقادم الدين ، وحين يحى المجرم من القصاص اذا تقادمت الجريمة أو العقوبة ، وحين يبيح الاقتراض بفائدة .

ويكون طبيعيا كذلك أن يختلف القانون والاخلاق فى الجزاء ما داما يختلفان فى الغاية . فينحصر جزاء الاخلاق فى تأنيب ضمير المخالف لها أو فى الخوف من استنكار ضمائر الآخرين لمخالفته ، وينحصر جزاء القانون فى الاجبار الجماعى الذى تتكفل السلطة العامة فى الجماعة باعلانه وانفاذه بما يتجمع لديها من قوى ووسائل قاهرة . فقواعد الاخلاق ، ما دام مقصودا بها السمو النفسى لدى الفرد أو الشخص ، يكون الجزاء على مخالفتها من نفس الطبيعة النفسية الشخصية شعورا بالحطة والضمة والتأنيب . أما قواعد القانون ، فلكون القصد منها اقامة نظام للحياة فى الجماعة ، لا يتصور أن تبقى مخالفتها - وهى تعرض هذا النظام للخطر - دون جزاء جماعى مجبر يكفل احترامه وبقائه (٢) .

ويكون طبيعيا فضلا عن ذلك ، والغاية مختلفة بين القانون والاخلاق ، أن تقتصر الاخلاق - وهى قواعد فردية للكمال تنبعث من ضمير الشخص الى نفسه - على مجرد بيان الواجبات دون مجاوزة ذلك الى تقرير الحقوق : فهى اذا كانت مثلا تضع على القادرين واجب مساعدة المحتاجين ، لا تنشئ بذلك للمحتاجين حقا فى العون قبل القادرين . بينما القانون يعمد - فوق بيانه الواجبات - الى تقرير الحقوق . فهو ان كان يجعل العقد شريعة المتعاقدين

(١) فى هذا المعنى :

Ripert, Les forces créatrices du droit, No. 69, pp. 172. — Roubier op. cit., No. 5, pp. 40, 41.

(٢) فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 5, pp. 39, 40.

ويوجب الوفاء بما يقتضين العقد من التزامات ، انما يقرر بذلك للدائن الحق فى اقتضاء المدين هذا الوفاء • وهو ان كان يوجب عدم الاضرار بالغير عن خطأ ويقرر بذلك مسؤولية مرتكب الخطأ ، فانما يجعل فى مقابل هذا الواجب حقا للمضرور فى التعويض قبل من وقع منه الضرر •

٤ — **مدى تاثر القانون بالاخلاق** : اذا كان القانون يختلف اختلافا جوهريا عن الاخلاق فى الغاية مما يجر وراءه اختلافات أخرى كثيرة بينهما ، فان ذلك لا يعنى أن القانون منقطع الصلة بتاتا بالاخلاق • فذلك نظر متطرف غير مقبول ، لا يقل عنه تطرفا النظر العكسى الى القانون باعتباره محكوما حكما تاما بالاخلاق • ولا يعنى هذا النظر الاخير أن كل قواعد القانون الوضعى قد أصبحت موافقة لما تقضى به الاخلاق ، فان الاخلاق فى صراع دائم مستمر مع كثير من العوامل الاجتماعية الاخرى على التسلسل الى القانون لتوجيهه وحكمه ، والغلبة النهائية لآبد مكتوبة للاخلاق ، طالما يفقد القانون الأساس المثالى ، وطالما يوجد رجال يؤمنون ويكافحون فى سبيل سيادة المثل الاخلاقية (١) . وهذا يفسر كثرة القواعد والنظريات الاخلاقية التى توصلت أخيرا الى الدخول فى رحاب القانون ، مثل نظرية التعسف فى استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة •

ولكن الواقع أن أثر الاخلاق اذا كان غير منكور على القانون ، فلا تجب المبالغة فى التضخيم من شأنه ، اذ ماهو الا عامل واحد من ضمن جملة عوامل أخرى يتأثر بها القانون فى تكوينه • وأثر الاخلاق لا يدمحدود فى نطاق القانون أمام اختلاف الغلبة بينهما ، مما لا يتصور معه بالتالى خضوع القانون خضوعا تاما للاخلاق • واذا كان القانون الحديث يأخذ بقواعد ونظريات لها أصول من الاخلاق ، فان ذلك لايعنى اصطباغ القانون بصبغة اخلاقية • فهو لا يعتمد فى تقرير هذه القواعد والنظريات بما تضع من مثل أخلاقية تمثل السمو

Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Nos. 14, 15, (1)
208.

والكمال النفسى للفرد ، اذ ليست هذه غايته ، ولكنه يقررها لما تمثل من نفع للمجتمع بما تشيع فيه من عدل ونظام .

غير ان استقلال القانون عن الاخلاق وعدم اختلاطه بها ، لا ينفي تأثيره بها فى بعض الاحيان ، حين لا تجد الجماعة مناصا — لتمامك نظامها — من استلزام قدر معين من الاصول الاخلاقية ، كما هو الشأن فى فكرة « الاداب » (١) les bonnes moeurs التى يحيطها القانون بحماية كبيرة ، فيفرض احترامها والتزام مضمونها على الافراد .

المبحث الرابع

القانون مجموعة قواعد ملزمة مكفولة باجبار مابى جماعى (٢)

١٣ — فكرة الجزاء او الاجبار القانونى

قلنا ان القانون يهدف الى اقامة نظام فى المجتمع عن طريق وضع قواعد سلوك تتوجه الى الافراد . ولكن لما كانت مخالفة هذه القواعد أمرا متصورا — على خلاف الحال فى القوانين والنواميس الطبيعية — لما للافراد من ارادة حرة تمكنهم من سلوك طريق الطاعة أو طريق المخالفة ، تعين فرض جزاء مادى يرصد على كفالة احترام هذه القواعد ، حتى يستقيم نظام الجماعة ويستقر حكم العدل فيها . وليس يتأتى تحقيق ذلك عملا عن طريق اعطاء كل فرد الحق فى تقويم مخالفة الاخرين لحكم القانون بنفسه ، فهذا أيسر الطرق الى سيادة الفوضى ، وشيوع الادعاء والتحكم ، والقضاء على القانون من حيث يراد تأكيد سلطانه . من أجل ذلك تحتتم الضرورة وجود سلطة عامة مختصة فى الجماعة يعهد اليها بكفالة احترام القانون ، عن طريق احتكار حق توقيع الجزاء بما يجتمع لها من قوى مادية قاهرة يستعصى على الافراد مقاومتها .

(١) انظر فى تفصيل هذه الفكرة ما سورد فى الفصل الثانى من هذا الباب .

(٢) انظر فى هذا الموضوع بخاصة :

Roubier, op. cit., No. 4, pp. 25-32. — Dabin, op. cit., No. 22-35.

— Del Vecchio, op. cit., pp. 295-301. — Réglaide, op. cit., pp.

108-112. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 34.

وكذلك كتابنا سالف الذكر ، نرات ١٧ — ١٩ ، ص ٤٦ — ٥٤ .

فالذى تعنيه فكرة الجزاء اذن هو امكان حمل الافراد جبرا على طاعة القواعد القانونية ان لم يطيعوها اختيارا ، وهو ما يعطى للجزاء صفة رادعة تؤكد سلطان القانون . ولذلك يحسن التعبير عن الجزاء القانونى باصطلاح « الاجبار » (La contrainte) (١) ، الذى يفصح عن صفته الحالة المادية المنظمة التى تثبت له نتيجة قيام سلطة عامة فى الجماعة بقهر الارادات العاصية عن طريق القوة المادية (٢) ، ويتيح بذلك فصله عن الجزاء الدينى الذى توقعه القدرة الالهية فى الآخرة ، وعن الجزاء الاخلاقى الذى ينحصر فى تأنيب الضمير واستنكار النفس .

فالاجبار الذى يصحب القواعد القانونية يتميز اذن بأنه ماضى محسوس أى بأنه خارجى ظاهر ، وبأنه دنيوى يوقع فى الحياة الدنيا لا فى الآخرة . ويتميز كذلك بأنه اجبار منظم تقولى سلطة عامة مختصة بتوقيعه باسم الجماعة ، وهى عادة السلطة التنفيذية فى الدولة ، وذلك بعد التثبت من وقوع المخالفة بواسطة سلطة أخرى مختصة هى السلطة القضائية . ومن ثم فالاجبار الذى يكفل احترام القواعد القانونية انما تختص به السلطات العامة فى الجماعة وتحكم توقيعه باسم هذه الجماعة دون أن يستقل بتوقيعه الافراد أنفسهم . ولذلك عرف هذا الاجبار باسم الاجبار العام أو الجماعى La contrainte publique ou sociale ذلك أنه قد انتشر منذ قديم عهد الاقتصاص الفردى حيث كان يأخذ الفرد العدل لنفسه بنفسه فيحتكر حق ماسة الاجبار وتوقيعه لحسابه الخاص .

ورغم استقلال السلطات العامة بقوة الجزاء والاجبار ، فإنها — حيث تعن الحاجة — تنزل عن حق الاجبار الجماعى مبيحة الاجبار الخاص عن طريق الاقتصاص الفردى ، وان يكن ذلك فى حدود ضيقة مرسومة ، كما هو الشأن فى حال الدفاع الشرعى (٣) ، حيث يباح الدفاع عن النفس أو المال بالقوة دفعا

Dabin, Théorie générale du droit, op. cit., No. 27. (١)

(٢) يجب أن لا يستخلص من ذلك أن القانون نظم يقوم على القوة ، فهو يظل دائما على العدل ، وما اعتياده على القوة الا لتسخيرها فى خدمة العدل وكفائه .

(٣) فى هذا المعنى :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 16, p. 62. —

Roubier, op. cit., pp. 27, 28.

لمعدوان غير مشروع يقع عليهما • وكما هو الشأن كذلك فى حق الحبس (١) ،
أى حق من يكون دائنا ومدينا معا — عند وجود التزامين مترابطين — فى أن
يتمتع عن تنفيذ التزامه طالما لم يعرض الطرف الآخر الوفاء بالتزامه (م
٢٤٦ — ١ مدنى) ، فلبائع مثلا أن يحبس المبيع حتى يقوم المشتري بوفاء ما هو
مستحق عليه من الثمن (م ٤٥٩ — ١ مدنى) ، وللمستعير أن يحبس العارية
حتى يقوم المعير بإيفائه ما اضطر الى انفاقه للمحافظة عليها •

١٤ — الإجبار عنصر جوهرى لقيام القانون

اختلف الفقهاء فى شأن اعتبار الجزاء أو الاجبار عنصرا لازما لوجود
القاعدة القانونية • فبعضهم لا يرونه لازما لقيامها ، اذ القانون عندهم هو
مجموع القواعد التى تتجه نحو الاقتران بجزاء (٢) ، دون أن يشترط اقترانها
فعلا وحتما بهذا الجزاء . فالجزاء فى هذا النظر اذن ليس عنصرا مكونا
للقانون ولكنه عنصر خارجى متعلق بمدى نفاذه ، فكون القانون لا يجد اجبارا
ماديا يكفل احترام قواعده لا ينفى وجوده وان كان يقلل من مدى مفعوله ونفاذه
فى العمل •

غير أن من المسير التفرقة بين وجود القانون وبين نفاذه ، فوجود القانون
يقتضى حتما نفاذه طالما هو يضع نظاما للمجتمع ، ذلك ان تعليق النفاذ
برغبة المكلفين يتبعون القانون أو يخالفونه يؤدى الى اختلال نظام المجتمع ،
وهو ما يفقد القانون وظيفته وغايته •

وأيا ما كان الامر ، فان القائلين بإمكان تصور وجود القانون دون جزاء أو

(١) فى هذا المعنى : Dabin, *ibid.* :

ولكن تارن سواء بالنسبة الى الدفاع الشرعى أو بالنسبة الى حق الحبس :

Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et la philosophie
du droit*, 3ème éd., 1948, No. 140. — Dabin, *Théorie générale
du droit*, No. 34, p. 47.

محمود جمال الدين زكى ، دروس فى نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٥٥ ، ص ١٦ •

(٢) انظر فى هذا المعنى :

Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, No. 16,
pp. 47-48 et 51; t. IV, p. 252. — Réglaude, *op. cit.*, pp. 107-109.

اجبار جماعى يكلفه ، يدللون على صواب نظرهم بتخلف الجزاء أو الاجبار فى بعض فروع القانون العام خاصة كالقانون الدولى العام والقانون الدستورى (١) . ولكننا سوف نرى أن القانون الدولى العام لم تتوافر له بعد صفة القانون الوضعى الكامل . وأن القانون الدستورى قانون بالمعنى الكامل ، كل ما فى الامر أن جزاءه يتشكل فى صور مختلفة عن الجزاءات العادية المعروفة فى بقية فروع القانون ، وهو أمر تحتمه وتقتضيه طبيعة القانون الدستورى نفسه ، اذ هو يقيم عادة سلطات متعددة مستقلة عن بعضها البعض ، فلا يتصور — والمخالفة قد تقع من احداها — الا انشاء نوع من الرقابة المتبادلة بين هذه السلطات جميعا تكفل احترام قواعد القانون الدستورى . والشعب من وراء ذلك محيط ، ومن فوق هذه السلطات جميعا رقيب ، يملك بوسائله السلمية أو الثورية فرض احترام الدستور وتأكيد سيادة قواعده (٢) . كل ذلك يفصح عن أن التشكيك فى ضرورة توافر الجزاء أو الاجبار لوجود القانون ، تشكيك لا يجد ما يبرره . ومن هنا ينبغى الاقرار بما يذهب اليه جمهور الفقهاء (٣) ، من أن القواعد القانونية قواعد ملزمة أى قواعد يقوم الاجبار الجماعى على كفالة احترامها .

١٥ - صور الجزاء أو الاجبار

لا يتخذ الجزاء أو الاجبار — الذى تنفرد بتوقيعه سلطة عامة مختصة فى الجماعة — صورة واحدة ، بل تختلف صورته باختلاف المكان ، وتتفاوت بتفاوت الزمان ، وتتنوع تبعا لتنوع فروع القانون واختلاف طبيعة قواعده . ورغم

(١) Haesaert, op. cit., p. 100. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 116, 117. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 34, pp. 54, 55.

(٢) فى هذا المعنى :
عبد الرازق السنهورى وحشيت أبو سميت ، اصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، ١٩٤١ ، مقرة ٢١ ص ٢٢ . ومقرة ١٧٨ — عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، مقرة ١٨ ص ٢١ و ٢٢ . — سليمان مرتس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٥٢ ، مقرة ٣٧ .

(٣) راجع بخلسة :
Del Vecchio, op. cit., p. 301. — Roubier, op. cit., No. 4. — Da-
bin, op. cit., No. 32. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 11.

اختلاف صور الجزاء أو الاجبار ، فيجمعها كلها معنى واحد هو تمام القدرة على اعطاء القانون صفة فعالة تؤكد سيادته وتكفل احترام قواعده .

ولعل أول صورة تخطر للجزاء في الذهن هي صورة الجزاء الجنائي ، أي الاجبار الذي يتخذ شكل العقوبة . والعقوبة أنواع كثيرة : فقد تقع على جسم المخالف لاحكام القانون ، كالاعدام . وقد تقع على حريته بسلبها أو تقييدها : كالاشغال الشاقة ، مؤبدة كانت أو مؤقتة ، والاعتقال مؤبداً كان أو مؤقتاً ، والسجن والحبس والوضع تحت مراقبة البوليس وقد تقع العقوبة على مال المخالف فتتخذ حينئذ شكل الغرامة أو المصادرة .

غير أن الجزاء أو الاجبار ليس كله جنائياً ، فهناك الجزاء المدني وصوره كثيرة متعددة : فقد يتخذ هذا الجزاء صورة البطالان ، وهو ما يكون في حال ابرام تصرفات قانونية على خلاف القانون ، فلا يعترف القانون بهذه التصرفات ولا يترتب عليها بالتبعية أي أثر قانوني . ومن أمثلة ذلك النص على بطلان هبة العقار التي لا تتم الا بورقة رسمية (م ٤٤٨ مدني)، وبطلان كل تصرفات الصغير غير المميز (م ١١٠ مدني)، وبطلان العقد اذا كان المحل أو السبب مخالفاً للنظام العام والاداب (م ١٣٥ و ١٣٦ مدني) : فيقع باطلاً كل اتفاق على ارتكاب جريمة لقاء أجر معين ، وكل اتفاق على استئجار منزل بقصد ادارته أو استغلاله في الدعارة .

وقد يتخذ الجزاء المدني صورة محو أثر المخالفة أي ازالة كل أثر ترتب على مخالفة القانون ان كانت ازالة تدخل في حيز الامكان ، مما يستتبع اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع هذه المخالفة ، كسد المطلات المفتوحة على مسافة تقل عن المسافة القانونية المسموح بها ، أو هدم الابنية القائمة خارج خط التنظيم .

فان تعذر محو أثر المخالفة ، برزت صورة أخرى للجزاء بديلة عن هذه الصورة هي صورة الجزاء التعميضي ، فيقع الاجبار على مال المخالف بأن يؤخذ منه قدر يعوض من لحقه الضرر عن اضطرابه لتحمل آثاره نظراً

لاستحالة محوه . فمن دهم شخصا بسيارته مثلا فيتر له ساقه ، لا يستطيع ان يعيد اليه الساق المبتورة ، ولكنه يلزم بأن يدفع اليه تعويضا فقديا يعوضه عن بقاءه دون ساق .

وقد يجتمع الجزاء الجنائي والمدنى فى نفس الصورة . فمن قتل شخصا عمداً مع سبق الاصرار على ذلك أو القرصد يعاقب بالاعدام ، وقد يلزم فوق ذلك بأن يدفع الى ورثة القتيل مبلغا من المال على سبيل التعويض . ومن اختلس مالا مملوكا لغيره فهو سارق يعاقب بالحبس مع الشغل ، ويلزم فوق ذلك برد الشيء المسروق أو التعويض عنه ان تعذر الرد . ومن قذف فى حق آخر ينال العقاب الجنائي ، وقد يلزم بتعويض المقذوف فى حقه تعويضا ماليا .

الفصل الثاني

مدى سلطان ارادة الافراد ازاء القانون (١)

١٦ - تنوع قواعد القانون الى امرة ومكمله يستتبع تفاوت سلطان ارادة الافراد ازاء القانون بين الانعدام والاطلاق

اذا كان القانون يحكم سلوك الافراد حكما ملزما يكفله اجبار مادي جماعي ، فقد يظن أنه لا مجال لسلطان الارادة ازاء القانون ، وأنه لا يتصور وجود اتفاقات مشروعة على خلاف ما يقرر القانون . ولكن الامر ليس على هذا النحو المطلق . ذلك ان قواعد القانون ليست نوعا واحدا ، بل هي تنوع نوعين كبيرين ، تجد الارادة سلطانا بالنسبة الى أحدهما دون الآخر . فتقواعد القانون ، اما قواعد امرة (Règles impératives) ، واما قواعد مفسرة او مكمله (Règles interprétatives ou supplétives) .

اما القواعد القانونية الامرة ، فيقصد بها تلك القواعد القانونية التي لايجوز للافراد مخالفتها او الاتفاق على عكسها . اما القواعد القانونية المفسرة او المكمله ، فهي تلك القواعد التي تلزم الافراد في حال عدم انصراف ارادتهم الى مخالفتها .

(١) أهم المراجع :

H. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 4ème éd., 1921, Nos. 24 - 35. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 69 - 74. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 97 - 99. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 67, 68, p. 265. — Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, par Esmein, 2ème éd., Nos. 226 - 248.

فكان مدى سلطان ارادة الافراد متفاوتت بتفاوت نوع القواعد القانونية . فسلطان ارادة الافراد منعدم ازاء القواعد القانونية الآمرة ، بمعنى ان الزام هذه القواعد لهم انما هو الزام بات مطلق ، لا يملكون امامه الخروج على احكامها بارادتهم او باتفاقات يعقدونها فيما بينهم . اما القواعد القانونية المفسرة او المكلة ، فسلطان ارادة الافراد ازاءها كامل موفور ، بمعنى ان للافراد في الاصل حق الخروج عليها بارادتهم او باتفاقات يعقدونها فيما بينهم ، والا صارت ملزمة لهم الزام القواعد القانونية الآمرة .

وقد دعا الى هذا التنوع في القواعد القانونية ، وتقييد ارادة الافراد تقييدا كاملا من ناحية واطلاق سلطان هذه الارادة اطلاقا كاملا من ناحية أخرى ، ان النشاط الفردي والعلاقات الاجتماعية ليست على درجة واحدة من الاهمية والخطر . فمنها ما هو وثيق الصلة بالمجتمع ، عظيم الاثر في حياته ، بحيث ينبني استقلال القانون نفسه بتنظيمه ووضع قواعده ، وحماية هذا التنظيم وتلك القواعد من كل عدوان عن طريق منع الافراد منعا باتا من مخالفتها ، وهنا تظهر القواعد القانونية الآمرة . ومنها ما لا يمس تنظيمه على وضع دون آخر كيان المجتمع ولا مقوماته الاساسية ، فيباح للأفراد الاستقلال بتنظيمه وفق مشيئتهم وحسب ما تعلية عليهم مصالحهم الخاصة ، وان يكن القانون في مثل هذه الحال لا ينفذ يده نفضا تاما من وضع تنظيم نموذجي يلزم من لا يظهر ارادته من الافراد في مخالفته ، وهنا تظهر القواعد القانونية المفسرة او المكلة (١) .

فالقاعدة القانونية التي تحرم القتل أو السرقة مثلا قاعدة أمرة ، بمعنى أنه لا يجوز لأحد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها بحال من الأحوال . والقاعدة القانونية التي تحدد المحرمات من النساء ، قاعدة أمرة بمعنى أنه يمتنع على الافراد مخالفتها بالزواج من احدى هؤلاء المحرمات . والقاعدة القانونية

(١) يبدو أن اطلاق اسم « القواعد المكلة » على هذه القواعد أكثر دقة ، إذ هي تفترض عادة وجود نفس ارادي تصدي لأكاله (انظر في هذا المعنى ، Marty et Raynaud, op. cit., No. 98 ، وكذلك كتلينا سلف الفكر ، جابقي (١) ، ص ٥٧ ولكن قارن فيما يذهب اليه البعض من تبرير تسمية هذه القواعد بالمفسرة بأن سكوت المتأخرين من مخالفة هذه القواعد يفيد اتجاه ارادتهم الى الخضوع لاحكامها : عبد الرازق السنهوري وحشيت أبو ستيت ، المرجع السابق ، عايش ص ١٦٨ — سليمان مرقس ، المرجع السابق ،قرة (٥١) .

المقررة فى الشريعة الاسلاميه والتى تقرر للذكر مثل حظ الانثيين فى الارث
قاعدة آمرة ، بمعنى أنه يتمتع على الورثة مخالفتها بالاتفاق فيما بينهم على
التسوية بين الذكور منهم والاناث .

أما القاعدة القانونية التى تقضى مثلاً بأن يكون الثمن مستحق الوفاء فى
مكان ووقت تسليم المبيع (م ٤٥٦ و ٤٥٧ مدنى) ، فهى مجرد قاعدة مكمله لا
تطبق الا اذا لم يتفق المتعاقدان على مكان ووقت آخر للوفاء بالثمن . والقاعدة
القانونية التى تقضى بأن نصيب كل من الشركاء فى الارباح والخسائر يكون
بنسبة حصته فى رأس المال (م ٥١٤ مدنى) قاعدة مكمله كذلك ، اذ للشركاء
أن يتفقوا على نسبة أخرى لتوزيع الارباح والخسائر بينهم ، فان لم يتفقوا
فالنسبة التى قررتها القاعدة القانونية تلزمهم . والقاعدة القانونية التى تضع
على عاتق المؤجر اجراء الترميمات الضرورية فى المين المؤجرة اثناء
الاجارة (م ٥٦٧ مدنى) ، ليست كذلك الا مكمله ، فيجوز الاتفاق على تحميل
المستأجر القيام بهذه الترميمات ،

١٧ — توافر صفة الالتزام للقواعد المكمله

اذا كان لارادة الافراد كامل السلطان فى مخالفة القواعد القانونية المكمله
وحدها دون القواعد الآمرة ، فهل معنى ذلك ان القواعد الامرة هى وحدها
الملزمة ، وأن القواعد المكمله ليست بقواعد ملزمة ؟

الواقع أن كلا من النوعين من القواعد القانونية تتوافر له صفة
الالتزام . ولئن كانت هذه الصفة أوضح ما تكون فى القواعد القانونية الامرة
حيث تستعصى مخالفتها على ارادة الافراد ، فهى كذلك لا تختلف فى حال
القواعد القانونية المكمله . فهذه القواعد الاخيرة ملزمة قانوناً اذا لم يوجد
اتفاق على عكسها من جانب الافراد ، أى ان الالتزام فيها موجود وان يكن
لا يتوجه الا الى طائفة معينة من العلاقات والروابط هى تلك التى لم تخضعها
ارادة الافراد لتنظيم مخالف (١) .

(١) فى هذا المعنى :

R. Capitant, thèse précitée, p. 74.

فتمطيق القاعدة القانونية المكملة ، معقود انن بشرط عدم وجود اتفاق مخالف لاحكامها . فاذا تخلف هذا الشرط بأن اتفق المتعاقدان على خلافها ، امتنع تطبيقها . ومن هنا ، فامتناع تطبيقها ليس معناه انها قاعدة غير ملزمة ، وانما معناه ان هذه القاعدة الملزمة — امام ما يوجد من اتفاق مخالف — تفقد شرطاً من شروط تطبيقها وهو ما لا يطعن في وجودها او الزامها (١) .

وليس يستند الالتزام — كما يرى بعض الفقهاء — الى ارادة المتعاقدين الضمنية باتصرافها عن مخالفة القواعد المكملة ، فقد يجهلان وجود هذه القواعد ولا ينتفى رغم ذلك الزامها لهم في حال عدم الاتفاق على عكسها ، وانما يقوم الزامها على اساس قوتها الذاتية كقاعدة قانونية تخضع لحكمها الملزم الروابط التي لا يحكمها اتفاق مخالف وتتوجبا لخطاب الملزم كذلك الى من لا يخالفها من الافراد (٢) .

١٨ — معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

يراعى أن الامر في هذه التفرقة يكون واضحاً حينما تتضمن القاعدة القانونية نفسها تصريحاً بصفتها الآمرة بالنص مثلاً على بطلان كل اتفاق مخالف لها أو بفرض عقوبة على مخالفتها ، أو حينما تتضمن تصريحاً بصفتها المكملة بالنص على اجازة الاتفاق على عكسها .

فمن امثلة التصريح بصفة القاعدة الآمرة ، كل قواعد قانون العقوبات ، فهي صريحة النص على صفتها الآمرة بما تتضمنه من فرض عقوبات على ما تحرمه من جرائم . وكذلك ما ينص عليه التقنين المدني المصري من بطلان التعامل في تركة انسان بقيد الحياة ولو كان ذلك برضاه (م ١٣١) ، وبطلان كل اتفاق

(١) في هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., p. 291.

عبد الفناح عبد الباقى ، نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٦٩ ، ص ٩٣ — سليمان مرقس ، فقرة ٥٢ ، ص ٦٨ و ٦٩ .

(٢) انظر في انتقاد القول بأن القواعد المكملة مجرد قواعد ملزمة انتهاء لا ابتداء : سليمان مرقس ، عبد الفناح عبد الباقى ، المواضع السابقة — كتابنا مالف الذكر ، فقرة ٢١ ، ص ٥٩ و ٦٠ .

على خلاف ما يقرره هذا التقنين للقاضي - فى حال الظروف الطارئة - من سلطة رد الالتزام المهرق الى الحد المعقول (م ١٤٧ - ٢) ، وعدم جواز النزول مسبقا عن حكم التقلد أو تغيير مدته (م ٣٨٨ - ١) .

ومن أمثلة التصريح بصفة القاعدة المكمل ، ما ينص عليه التقنين المدنى المصرى من أن تسليم المبيع يتم فى مكان وجوده وقت البيع ما لم يتفق على مكان آخر (م ٤٩٦٣) ، ومن أن نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل ونفقات تسليم المبيع تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف (م ٤٦٢ و ٤٦٤) ، ومن أن للمستأجر حق النزول عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك (م ٥٩٣) .

غير أن كثيرا من القواعد القانونية لا يحمل بنفسه بيان صفته الامرة أو المكمل . وحينئذ تتحدد التفرقة بين النوعين من القواعد بالرجوع الى معيار معين هو معيار النظام العام (L'ordre public) والآداب (Les bonnes moeurs) وهو معيار مسلم فى الفقه والقضاء ، ويأخذ به المشرع المصرى صراحة فيما ينص عليه من بطلان العقد اذا كان المحل أو السبب مخالفا للنظام العام أو الآداب (م ١٢٥ و ١٣٦ مدنى) .

وعلى ذلك ، فحيث لا يوجد من المشرع تصريح بصفة القاعدة القانونية ، فكل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد أمرة لا قبل للأفراد بمخالفتها (١) ، أى أن سلطان الإرادة يكون منعما ازاءها . وكل القواعد القانونية التى لا تتصل بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد مكمل ، لإرادة الأفراد مطلق السلطان فى مخالفتها والخروج عليها .

١٩ — مرونة فكرة النظام العام والآداب ونسبيتها

يراعى أن فكرتى « النظام العام » و « الآداب » — كتيصل للتفرقة بين

(١) ليست كل المسائل التى تتعلق بالنظام العام أو الآداب تتضمنها حتى نصوص قانونية . ولذلك فقد تتمتع المخالفة للنظام العام أو الآداب دون أن يحصل خرق لنص قانونى معين (انظر كتابنا سالف الذكر ، عايش « ١ » ص ٦١ والمراجع المشار إليها فيه) .

القواعد الآمرة والقواعد المكملة — ليستسا الا مجرد فكرتين معياريتين تستعصيان على التحديد الجامد الثابت ، فهما مثالان من أمثلة الصياغة القانونية المرنة التى تصل القانون بأسباب التطور ، وتيسر له الاستجابة لما يستجد من حاجات المجتمع . ومن هنا كانت هاتان الفكرتان فكرتين نسبيتين يختلف مضمونهما باختلاف المكان والزمان على السواء . فما لا يعتبر من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب فى جماعة ، قد يعتبر من هذه القواعد فى جماعة أخرى أو فى نفس الجماعة ولكن فى زمان مختلف .

وممها يكن من أمر ، فالثابت أنه حيث يسود المذهب الفردى وتطلق الحرية للأفراد ، يعظم سلطان ارادتهم فى تنظيم علاقاتهم وفق ما يشاءون ، وتنكمش فكرة النظام العام فى أضيق نطاق ، فتتخسر القواعد الآمرة فى قلة ضئيلة ترد على سلطان الإرادة ، وتكثر القواعد المكملة لهذه الإرادة . أما حيث يسود المذهب الاجتماعى — كما هو المشاهد فى العصر الحديث فى أغلب الدول — فيكثر تدخل الدولة ويتسع نطاق فكرة النظام العام اتساعا يضعف معه سلطان الإرادة ، وتكثر القواعد القانونية الآمرة (١) .

فكرة النظام العام والآداب اثن فكرتان مرتنتان نسبيتان ، تستعصيان على التحديد الجامع المحكم ، لان نطاقهما متغير بتغير الجماعات وتغير الزمان . ورغم ذلك فقد يمكن اعطاء معيار أو موجه عام يستهدى به فى الكشف عن مضمونها وتعرف ما يدخل فى هذا المضمون من مسائل ، فتكون القواعد القانونية التى تحكمها قواعد آمرة ، وما يخرج عنه من مسائل ، فتكون القواعد القانونية التى تحكمها قواعد مكملة .

٢٠ — النظام العام (٢)

يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع المصالح الأساسية للجماعة ، أى مجموع الاسس والدعامات التى يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا

(١) انظر فى ذلك :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، فقرة ٢٢٨ .

(٢) انظر فى ذلك بصفة خلسة .

= Pascanu, La notion d'ordre public par rapport aux transforma-

يتصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استقراره عليها . ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الأساسية للجماعة أى المتعلقة بالنظام العام ، قواعد أمرة لا تملك الإرادة الفردية إزاءها أى سلطان أو قدرة على مخالفتها ، اذ تعرض مخالفتها كيان المجتمع نفسه للانهيار والتصدع ، فلا يسمح لاي كان يأن تجرى إرادته على خلافها .

وفى الطليعة من القواعد المتعلقة بالنظام العام أى من القواعد الامرة ، قواعد قانون العقوبات التى ترسّى دعامة الامن فى المجتمع . فيقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب أو عدم ارتكاب جريمة من الجرائم لقاء أجر معلوم ، أو على تحمل شخص المسؤولية الجنائية والعقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم .

وكذلك تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالحريات العامة ، وهى التى تنص عليها الدساتير عادة ، كالحرية الشخصية وحرية العقيدة وحرية الرأى وحرية الانتخاب (١) والترشيح . فيقع باطلا التعمد باعتناق أو عدم اعتناق دين معين ، والتعمد بعدم الكتابة فى الصحف والتعمد بعدم التصويت فى الانتخابات أو الترشيح فيها .

وكذلك يعتبر من القواعد الامرة المتعلقة بالنظام العام ، القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائى فيما عدا الاختصاص المحلى . ولذلك لا يجوز الاتفاق على رفع قضية تدخل فى اختصاص المحاكم الابتدائية الى المحاكم الجزئية .

وكذلك يعتبر من القواعد الامرة المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالاسس الاقتصادية للجماعة ، كفرض سعر الزامى للعملة الورقية ، فيعتبر

tions du droit civil, Paris 1937. — De La Morandière, L'ordre public en droit privé interne, études de droit civil à la mémoire de H. Capitant, pp. 381 et s; La notion d'ordre public en droit privé, Cours de droit civil approfondi, 1950 - 1951. — Malaurie, L'ordre public et le contrat, t. I, 1953.

(١) أصبح التصويت فى الانتخاب وفق الاستثناء واجبا فى مصر اليوم وليس مجرد حرية من الحريات .

باطلا كل اتفاق على الدفع بالذهب لانه يخالف مصلحة عامة أساسية للجماعة
هى ثبات النقد فيها واستقراره .

ولئن كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام أوفر ما تكون فى نطاق القانون
العام كما يتبين من الامثلة التى قدمناها ، فالقانون الخاص كذلك لا يخلو منها ،
وخاصة منذ أن كثر تدخل الدولة فى العصر الحديث ، فأكثرت من القيود على
سلطان ارادة الافراد فى ابرام التصرفات القانونية .

فقواعد الاهلية تعتبر من القواعد الامرة لتعلقها بالنظام العام .
ولذلك — كما تقول المادة ٤٨ من التقنين المدنى المصرى — « ليس لاحد النزول
عن اهليته ولا التعديل فى احكامها » . وكذلك الشأن فيما يتعلق بقواعد
الولاية ، فلا يجوز للولى أو الوصى أو القيم تعديل اختصاصاته وحقوقه
المنصوص عليها فى القانون .

والقواعد التى تحكم الحالة المدنية للشخص هى من القواعد الامرة كذلك
لتعلقها بالنظام العام ، فلا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على عكسها . فيقع باطلا
كل اتفاق على تغيير الجنسية أو الاسم فى غير الاحوال التى يحددها القانون
أو دون اتباع الاجراءات المبينة فيه للحصول على هذا التغيير

وكذلك تتعلق أغلب القواعد الخاصة بنظام الاسرة بالنظام العام فتكون
قواعد أمرة ، لان الاسرة هى الخلية الاولى للمجتمع فتكون القواعد التى
تحكمها فى مقدمة الاسس التى يقوم عليها بناء الجماعة بحيث تجب حمايتها
وكفالة احترامها ضد كل اتفاق يقع على خلافها . فلا يجوز الاتفاق على تعديل
حقوق كل من الزوجين قبل الآخر . فيقع باطلا كل اتفاق على النزول
مقدما عن المطالبة بالنفقة التى يوجبها القانون بين الزوج أو
بين الاصول والفروع أو بين نوى الارحام . ولا يجوز كذلك للزوج المسلم
النزول مقدما عن حقه فى طلاق زوجته (١) أو فى التزويج عليها . ولا يجوز له كذلك

(١) ولكن ليس ثم ما يمنع من تمهد الزوج مقدما بتعويض زوجته اذا هو طلقها فى يوم من
الايام (انظر نقض مصرى ٢٩ فبراير ١٩٤٠ ، مجموعة صبر ، ج ٢ ، رقم ٢٥ ، ص ٨٥ .
وانظر كذلك : عبد الرازق السنهورى ، المرجع السابق ، هـش ١٠ ص ٤١٠) .

النزول عن حقه في الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، لان حقه في الطلاق وفى تعدد الزوجات بما لا يزيد على أربع من قواعد النظام العام (بالنسبة للمسلمين) ، لتعلقه بالاسس العائلية التى يقوم عليها بناء الجماعة .

وهنا تبدو لنا نسبية فكرة النظام العام ، واختلاف مضمونها باختلاف الجماعات ، ففى الدول الغربية مثلاً - على خلاف الحال فى مصر والدول العربية عموماً بالنسبة للمسلمين - تعتبر وحدة الزوجة من النظام العام ، فلا يجوز الزواج بأكثر من واحدة . وكذلك تبدو نسبية فكرة النظام العام من حيث الزمان ، فقد كانت الدول الغربية تعتبر أبدية الزواج من النظام العام ، ثم تطور الامر فيها فأباحت أكثرها انفصام الزواج بالطلاق فى حالات معينة ، ولذلك يعتبر باطلا نزول أحد الزوجين مقدماً عن حقه فى طلب الطلاق فى إحدى هذه الحالات .

وكذلك يعتبر متعلقاً بالنظام العام بعض القواعد الخاصة بالمعاملات المالية بين الافراد نظراً لاتصالها بالمصالح الاساسية للجماعة : فلا يجوز الاتفاق مثلاً على منع قسمة الشيء الشائع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٢٤ مدنى) . ولا الاتفاق على فائدة تجاوز الحد الاقصى المشروع (م ٢٢٧ مدنى) . ولا الاتفاق على منع انقاص الالتزام المرهق فى حال الظروف الطارئة (م ١٤٧ مدنى) أو منع تعديل الشروط التمسفية أو الاعفاء منها فى عقود الاذعان (م ١٤٩ مدنى) .

٢١ - الآداب (١)

يقصد بالآداب الاصول الاساسية للاخلاق فى الجماعة ، أى مجموع الاسس الاخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليماً من الانحلال . من أجل ذلك لا

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة :

Oprea, Essai sur la notion des bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand, thèse, Paris, 1935. — Bonnecase, La notion juridique de bonne mœurs, sa portée en droit civil français, Etudes Capitaines, p. 91 et s. — Senn, Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, Recueil d'études en l'honneur de F. Gény, t. I, p. 53 et s.

يتصور أن تكون القواعد القانونية المتعلقة بمثل هذه الامس الاخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من التحلل ، الا قواعد أمره يمتنع على الافراد مخالفتها والاتفاق على عكسها بارادتهم ، لان مخالفتها تصدع كيان الجماعة الاخلاقي .

فليس يقصد اذن بالقواعد المتعلقة بالاداب كل قواعد الاخلاق — والا اختلط القانون بالاخلاق ، وهما منفصلان نتيجة اختلافهما فى الغاية والهدف كما سبق البيان — وانما يقصد بهذه القواعد الحد الاثني من قواعد الاخلاق الذى تعتبره كل جماعة لازما لوجودها وكيانها بحيث تفرض على الجميع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه (١) .

وفكرة الاداب على هذا النحو ، كفكرة النظام العام ، فكرة نسبية بحثة تتفاوت وتتفاوت الجماعات ، لان العبرة فى مضمونها هى بما تعتبره كل جماعة فى زمن معين من الاصول الاساسية للاخلاق فيها . وهى تخضع فى ذلك لما يحيط بها من ظروف خاصة متعلقة بالعادات والتقاليد والدين فيها . ولما كانت هذه الظروف تتغير مع الزمن ، فان فكرة الاداب يختلف مضمونها كذلك فى الجماعة الواحدة باختلاف الزمان والاجيال فيها .

ففى بعض الدول كفرنسا مثلا لم يكن يسمح للولد غير الشرعى برفع دعوى لاثبات نسبه لمخالفة ذلك للاداب ، ثم تطور تصور الجماعة لفكرة الاداب من هذه الناحية فأصبح مباحا الان اثبات النسب . وفى أغلب الدول كان عقد التامين على الحياة وعقد الوساطة فى الزواج يعتبران باطلين لمخالفتهم للاداب ، ثم تغير النظر اليهما فأصبحا اليوم من العقود المشروعة . وأغلب الجماعات لا تزال ترى فى الاتفاقات الخاصة بإنشاء نواد للعرافة مخالفة للاداب ، بينما تغيرت نظرة بعض الجماعات الحديثة الى ذلك فأصبحت تعتبر مثل هذه الاتفاقات مشروعة .

(١) وبذلك تعتبر فكرة الاداب — كما سلفت الإشارة — مثلا من الابثلة القليلة الصادرة على تآثر القانون بالاخلاق ، وحاجته فى سبيل تدعيم نظم المجتمع وتباسبه الى استلزام حد أدنى من الاصول الاخلاقية ، لا يبيح للأفراد الخروج عليه بحال من الأحوال .

ومن بين الامثلة الواضحة على مخالفة الآداب الاتفاقات الخاصة بإدارة أو بايجار أو استغلال البيوت المعدة للدعارة أو القمار (١) . والاتفاقات الخاصة بانشاء أو استمرار العلاقات الجنسية غير المشروعة ، وخاصة التمهيدات بدفع مبلغ من المال لقاء قيام مثل هذه العلاقات (٢) .

٢٢ - سلطة القاضي في تحديد مضمون النظام العام والآداب

إذا كانت فكرة « النظام العام » وفكرة « الآداب » فكرتين مرتنتين معياريتين تعطيان القاضي سلطة واسعة في تحديد مضمونهما نظرا لعدم ثبات هذا المضمون وتغيره في الزمان والمكان ، إلا أن القاضي لا يملك أن يحل آراءه أو عقائده الشخصية في هذا الصدد محل آراء الجماعة نفسها . ففكرة النظام العام والآداب فكرتان نسبيتان ، أي تنسبان الى جماعة معينة في زمن معين ، ولذا فالقاضي - في تحديد مضمونها - مقيد ، لا بما يراه هو ، ولكن بالتيار العام السائد بشأنيهما في هذه الجماعة المعينة وفي ذلك الزمن المعين (٣) .

(١) ولكن الغالب أن يستثنى المشرع بعض أنواع القمار ، فيعتبر العقود الخاصة بها صحيحة غير مخالفة للآداب . ومن قبيل ذلك ما أورده المشرع المصري من استثناءات تتعلق : بها رخص فيه قانونا من أوراق النصيب ، وبالراهنات بين المتبارين شخصا في الألعاب الرياضية (م ٧٤٠ مدني) . وهذه الاستثناءات مبهومة : فنيا ينطبق بلوراق النصيب ، يمتد بها يتحقق عن طريقها من اتفاق الحصيلة المتجمعة منها - بعد توزيع الجوائز - في أعمال البر والخير . وفيها ينطبق بالراهنات بين المتبارين شخصا في الألعاب المذكورة ، واضح القصد من تشجيع التنافس على التفوق في مثل هذه الألعاب (انظر مذكرة المشروع ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٥ ، ص ٢٠٢ و ٢٠٤) .

(٢) من الواضح أن الاتفاق إذا كان على انتهاء علاقة جنسية غير مشروعة مع الالتزام بدفع مبلغ من المال فهو اتفاق مشروع لا مخالفة فيه للآداب ، إذ يتضمن بذلك فكرة تعويض المرأة عما يكون قد أصابها من ضرر نتيجة العلاقة السابقة المخالفة للآداب ، أو فكرة معاونتها على بدء حياة جديدة شريفة (في هذا المعنى: Planiol, Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. V, Obligations, par Esmein, 2e. ed. No 232.

— عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٢٨) .

(٣) في هذا المعنى : مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدني المصري الحالي ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ .
ولذلك يكون من الطبيعي أن يعتبر تحديد مضمون النظام العام والآداب مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ، دون أن يستقل بتقديرها قضى الموضوع (انظر عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٤٠١ ، هليش « ٢ » — أنور سلطان ، النظرية العامة في الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ص ١٩٥٥ ، ص ٢٠٤ ، هليش) . وفي ذلك ضمانة كبرى لاثابة هذا التحديد على أسس موضوعية لا شخصية (انظر :

٢٣ — جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب

القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ، باعتبارها قواعد أمرة (١) ، تعتبر قيديا يرد على سلطان الإرادة في إبرام التصرفات القانونية ، بمعنى أن إرادة الأفراد تنقيد باحترام هذه القواعد ، بحيث يترتب على كل مخالفة لهذه القواعد بطلان الاتفاق الذى يتضمن هذه المخالفة بطلانا مطلقا . ولذلك لايزول مثل هذا البطلان بالإجازة ، ويكون لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، وعلى القاضى أن يحكم به من تلقا نفسه ولو لم يطلب اليه أحد الخصوم ذلك (٢) .

والقاعدة أن البطلان يستتبع حتما إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق ، أى رجوع كل شيء الى أصله ، فيكون لمن سلم شيئا الى آخر تنفيذا للاتفاق الياطل حق استرداده .

غير أن القضاء فى فرنسا يجرى — اتباعا لقاعدة تقليدية مستقرة فى القانون الرومانى منذ قديم — على منع من أوفى بالتزام مخالف للآداب من استرداد ما أداه اذا كانت المخالفة للآداب آتية من ناحيته هو ، لانه طرف ملوث لا يجوز له الاحتجاج بتلوته ومخالفته للآداب لاسترداد ما أدى . وقد انحاز القضاء المصرى فى مجموعه (٣) الى هذا الاتجاه فى ظل التقنين المدنى القديم . ولكن

(١) اذا كانت كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب تعتبر قواعد أمرة ، فالمعكس ليس بصحيح . فقد توجد قواعد أمرة ينص المشرع على صحتها الامرة ولكنها لا تكون لذلك بمتعلقة بالنظام العام ، ولهذا لا يترتب البطلان المطلق جزاء على مخالفتها . ومن قبيل ذلك بعض القواعد التى يقصد بها حماية القاصر . فانه اذا كان مبدأ حماية القاصر أمرا متعلقا بالنظام العام بحيث يعتبر باطلا بطلانا مطلقا تمهد القاصر مقعما بالنزول عما يقرره القانون له من حبة ، الا أن تصميل تنظيم مثل هذه الحبة قد لا يتعلق بالنظام العام . ولذلك فان القانون مثلا ينص على أن تصرفات الصبى المميز الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للإبطال لمصلحته . وهو بذلك لا يقرر البطلان المطلق جزاء على قيام القاصر بإبرام مثل هذه التصرفات ، وانما يكتفى بالبطلان النسبى ، مما يكتشف من عدم تعلق القاعدة التى تحرم افراد القاصر بإجراء مثل هذه التصرفات بالنظام العام مباشرة (فى هذا المعنى — H. Capitant, op. cit., p. 83, note (1) — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 99, p. 163. — محمد على مرفه ، مبادئ

العلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٦ ، ص ١٠٢ — ١٠٤) .

(٢) يختلف البطلان النسبى من البطلان المطلق فى ذلك كما سجد البيان ، اذ فى البطلان النسبى يكون التصرف القانونى صحيحا ولكنه قابل للإبطال لمصلحة أحد الأشخاص ، ولذلك فان طلب الإبطال لا يكون الا من قبل من جعل له القانون حفا فيه ، وبزول حق الإبطال بالإجازة المبرجة أو الضمنية من جاقبه (م ١٣٨ و ١٣٩ مدنى) .

(٣) انظر فى الاشارة الى أحكام هذا القضاء : عبد الرازق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، هلبش رقم « ٣ » ص ٥٣٦ .

هذه القاعدة الرومانية التقليدية كانت محل هجوم وانتقاد جمهور الفقه ، سواء في فرنسا أو مصر ، لأنها تخالف منطق البطلان الذى يحتم أرجاع كل شيء الى أصله واسترداد ما دفع في جميع الحالات .

وقد هم المشرع المصرى بمتابعة القضاء المصرى فيما كان مستقرا عليه من التزام القاعدة الرومانية ، اذ وضع نصا يقررها في المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى . ولكن لجنة المراجعة رأّت من بعد حذف هذا النص على أساس أنه « لا يتمشى مع منطق البطلان » (١) ، فظهر التقنين الحالى خاليا منه . وهو ما يخول القول ، مع جمهور الفقه المصرى ، بأن المشرع المصرى قد أقصح بجلاء عن قصده في استبعاد القاعدة الرومانية وترك منطق البطلان يرتب كل آثاره دون استثناء لحالة ترتبه على مخالفة الاداب (٢) .

وعلى هذا النحو ، نستطيع أن نؤكد استبعاد القاعدة الرومانية ، في القانون المصرى الحالى بحيث لا يعود ثم فارق فيه اليوم بين الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالاداب . فالجزاء واحد في الحالين وهو البطلان ، بما يستتبع اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق الباطل .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ص ٢٥٨ .

(٢) في هذا المعنى : عبد الرازق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٢٨ . — سليمان مرتس ، المرجع السابق ، ص ٧٦ هاش « ١ » ، أصول الالتزامات ، ج ١ ، في مصادر الالتزام ، ١٩٦٠ ، فقرة ٢٣٨ ص ٣١٠ ، ولكن انظر فيما يقترحه ، بعد انتقاد مصلك المشرع المصرى ، من وجوب النص على مصادرة المبلغ المحكوم باسترداده لصالح الخزنة العامة ، ص ٣١٢ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٨٠ ص ١١٠ .

الفصل الثالث

أقسام القانون وفروعه

٢٤ - تمهيد

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون تقسيمات عدة ، يعنينا منها الإشارة الى تقسيمين اثنين : الاول ، هو تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص ، والثانى هو تقسيم القانون الى قانون موضوعى وقانون شكلى

ويقوم هذا التقسيم الاخير للقانون على أساس أن القانون الموضوعى يضع أحكاما موضوعية للعلاقات التى يتصدى لحكمها يحدد فيها الحقوق والواجبات المختلفة . بينما يقتصر القانون الشكلى على بيان الاجراءات الكفيلة باعمال القانون الموضوعى وتطبيقه . فقانون الاجراءات أو المرافعات المدنية والتجارية مثلا قانون شكلى ، لانه يبين الاجراءات الواجب اتباعها فى سبيل الحصول على مايقدره القانون المدنى والقانون التجارى - وهما قانونان موضوعيان - من حقوق .

ولكن التقسيم الاول للقانون الى قانون عام وقانون خاص هو التقسيم الرئيسى للقانون (١) . وهو تقسيم تقليدى لا يزال مستقرا ومسلما فى الفقه الحديث حتى من جانب الفقهاء الذين يهاجمونه ، اذ هو ذو فائدة عملية واضحة ناشئة عن التفرقة الواجبة فى المعاملة بين الدولة صاحبة السلطان فى الجماعة وبين الافراد الخاضعين لهذا السلطان .

(١) قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من أن التقسيم الرئيسى للقانون هو تقسيمه الى موضوعى وشكلى أو اجرائى ، بينما يعتبر تقسيم القانون الى عام وخاص تقسيما ناليا وتابعا له (أحمد مسلم ، المنطق والواقع فى التنظيم الوضعى للروابط الدولية ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٥١ ، ص ٧٦ ، هابش « ١ ») .

وسوف نقتصر على بيان هذا التقسيم الرئيسى للقانون ، فنعرض لمبدأ هذا التقسيم وللغروع التى تتدرج تحت كل من قسميه ، ولتلك التى تنتمى الى القسمين مما فى آن واحد .

المبحث الاول

التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص (١)

٢٥ - تاريخ التفرقة

تعتبر التفرقة بين القانون العام (le droit public) والقانون الخاص (le droit privé) تفرقة تقليدية قديمة . فقد عرفها الرومان ، حيث كانوا ينظرون الى الدولة باعتبارها سلطة عامة تعمل للصالح العام ، وتعلو على المصالح الخاصة التى تترك الحرية للأفراد فى سبيل تحقيقها تأكيداً للنزعة الفردية التى كانت سائدة حينئذ .

ولكن مثل هذه التفرقة لم تلبث أن اختلطت وانطمست معالمها فى العصور الوسطى أمام ضعف الدولة وعدم وجود هيئة عامة تتركز فيها وحدها السيادة المطلقة فى الجماعة .

غير أن انتصار النزعة الفردية ومذاهب الحرية فى مطلع القرن التاسع عشر ، قد مكن للفصل بين نشاط الفرد ونشاط الدولة بما أتاح إعادة التفرقة القديمة بين القانون العام والقانون الخاص فى صورة واضحة المعالم .

الا أن انحسار النزعة الفردية منذ أواخر القرن الماضى ، وظهور النزعة الاجتماعية وانتشارها بما يصحبها من ازدياد تدخل الدولة فى مختلف شئون

(١) أهم المراجع :

Eisenmann, Droit public, droit privé, Revue du droit public et de la science politique, 1952, pp. 904 - 979. — Morelle, L'interpénétration du droit public et du droit privé, Recueils d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, t. III, pp. 136 - 142 — Riezler, Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public, Etudes Lambert, t. III, pp. 117 - 136. — Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 39 - 41.

النشاط في الجماعة ، قد أوجد اختلافا وتداخلا كبيرا بين نشاط الفرد ونشاط الدولة ، مما حدا ببعض الفقهاء الى الظن بأن معالم التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص في طريقها الى الزوال ، وأن العصر الحديث يشهد ظاهرة اجتياح القانون العام للقانون الخاص (١) .

غير أن مثل هذا الظن ليس صحيحا (٢) . فلا يعنى ازدياد تدخل الدولة في شئون النشاط الفردي ، وازدياد حكمها لهذا النشاط بقواعد أمرة دون تركها مجالا كبيرا لسلطان ارادة الافراد ، أن مثل هذه القواعد تدخل في نطاق القانون العام ، اذ الاعتبار في هذا الشأن يكون لطبيعة ما تعرض له هذه القواعد من موضوعات لا للصفة الامرة أو المكملة لمثل هذه القواعد . فقواعد القانون الخاص التي تتحدد صفتها الخاصة على أساس طبيعة ما تعرض له من موضوعات ، تظل لها هذه الصفة ، فلا يقلبها الى قواعد القانون العام مجرد فرضها كقواعد أمرة .

ولذلك فإن مبدأ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما يزال معتبرا الى اليوم مبدأ مسلما في الفقه الحديث بوجه عام (٣) .

٢٦ - معيار التفرقة

إذا كانت التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص ما زالت الى اليوم مسلمة ومستقرة في الفقه الحديث رغم ما تعرضت له من هجمات ، إلا أن

(١) انظر في ذلك خلاصة :

Savatier, Du droit civil au droit public, 1945. — Josserand, La publicisation du contrat, Etudes Lambert, t. III, No. 145, pp. 142-158. — Radbruch, Du droit individualiste au droit social, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1931, Nos. 3-4, pp. 390-393.

(٢) راجع في ذلك :

Eisenmann, article précité, Nos. 9-29, pp. 913-923. — Roublier, op. cit., pp. 251, 252. — H. Mazeaud, Défense du droit privé, Dalloz, 1949, chr., p. 17.

(٣) انظر مع ذلك في مهاجمة مبدأ التفرقة :

على البارودي ، في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع التجاري العام ، مجلة الحقوق ، السنة الثانية عشرة . الحدان الثالث والرابع ، ص ١٦٦ - ٢٠٧ .

الوقوف على معيارها ليس بالامر الهين حيث لا يزال اختلاف الفقهاء كبيرا في هذا الشأن .

ولعل المعيار التقليدي لهذه التفرقة ، هو ذلك الذى يقيمها على أساس الاشخاص أطراف العلاقات القانونية . فحيث يتعلق الامر بالدولة وعلاقتها بالافراد أو بالدول الاخرى ، نوجد بصدد القانون العام . وحيث يتعلق الامر بالفرد وعلاقاته بغيره من الافراد ، نوجد بصدد القانون الخاص (١) .

ومثل هذا المعيار ، ان كان صحيحا في ظاهره وفي النتائج التى تنفرع عليه فى أكثر الفروض ، الا أن من العسير اعتباره صحيحا على اطلاقه . ذلك أن الدولة كثيرا ما تدخل فى علاقات مع الافراد ، لا بصفتها صاحبة السلطة والسيادة فى الجماعة ، ولكن بوصفها مجرد شخص معنوى عادى كبقية الاشخاص المعنوية الخاصة ، وحينئذ لا يتأتى منطقا اخضاع مثل هذه العلاقات لقواعد القانون العام ، بل تحكمها قطعا قواعد القانون الخاص . فالدولة حين تقوم مثلا باستغلال أموالها الخاصة — لا الاموال العامة — وتعد عقودا فى سبيل ذلك ، انما تظهر كشخص عادى لا كشخص عام يمثل السيادة فى المجتمع ، ولذلك يخضع نشاطها هذا للقانون الخاص ، كما يخضع لذلك أى استغلال أو عقد مماثل يقوم به أو يبرمه فرد من الافراد . ومن هنا يبدو عدم امكان الاعتماد على شخص الدولة كمعيار فاصل للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص .

من أجل ذلك ، حاول بعض الفقهاء التماس معيار جديد لهذه التفرقة ، فاقامها على أساس اعتبار أن القانون العام قانون سيطرة أو قانون أمر ، واعتبار القانون الخاص قانون حرية أو سلطان ارادة ، وبذلك يصبح الخضوع مرادفا للقانون العام ، والحرية مرادفة للقانون الخاص (٢) .

(١) Montesquieu, De l'esprit des lois, éditions Garnier, t. I, chapitre III, p. 9.

(٢) انظر فى هذا المعنى :
Savatier, op. cit., pp. 5-9.

ولكن مثل هذا المعيار بدوره لا يعتبر صالحا من كل الوجوه ، فليست كل قواعد القانون العام قواعد سيطرة واخضاع للفرد وانكار لحرية الارادة والاختيار ، فثم قواعد — كالقواعد الدستورية المقررة للحريات الفردية — لا يمكن أخذها على هذا الاساس ، أو اعتبارها لذلك من قواعد القانون الخاص (١) . ومن ناحية أخرى ، فالقانون الخاص كذلك ليس كله قانون الحرية والرضى وسلطان الارادة ، اذ سلطان الارادة يتوقف حتما أمام القواعد الامرة أو القواعد المتعلقة بالنظام العام والاداب ، وهى قواعد أصبح يزخر بها القانون الخاص فى العصر الحديث ، دون أن يصح اعتبارها لذلك — كما سبق البيان — من قواعد القانون العام (٢) .

وثم معيار آخر يأخذ به بعض الفقهاء المحدثين — وهو نفس المعيار الذى كان معروفا عند الرومان (٣) — يتلخص فى أرجاع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص الى اختلاف طبيعة المصلحة التى يهدف الى تحقيقها أو حمايتها كل منهما . فالقانون العام هو الذى يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، والقانون الخاص هو الذى يهدف الى تحقيق مصلحة خاصة .

ولكن مثل هذا المعيار غير دقيق ، وهو ينتهى حتما الى الاختلاط التام بين القانون العام والقانون الخاص وانطماس الحدود بينهما ، اذ من العسير الفصل التام بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة . ولذلك فإن القانون العام اذا كان يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، فإن تحقيق هذه المصلحة يستتبع بذلك تحقيق بعض المصالح الخاصة . وكذلك فلو كان القانون الخاص يهدف الى تحقيق مصالح خاصة ، فهو يحقق بالتبعية والضرورة مصلحة عامة ، اذ لا

Einsenmann, article précité, pp. 928-929. (١)

(٢) انظر فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 41, p. 63. — Roubier, op. cit., No. 29, p. 247. .

Roubier, op. cit., No. 29, p. 248. — Du Pasquier, op. cit., No. 167. (٣)

يتصور — والقانون يتصدى لتنظيم الحياة الاجتماعية — أن يعمل على تحقيق المصالح الخاصة اذا تعارضت مع المصلحة العامة للجماعة (١) . ولذلك ، فالزواج مثلا— وهو من أنظمة القانون الخاص — اذا كان يحقق مصالح خاصة فردية، الا أنه يحقق في نفس الوقت مصلحة عامة للجماعة ، بل لعل تكوين الاسرة وتنظيم العلاقات بين افرادها يعتبر في طبيعة المصالح العامة للجماعة وامام نقص معيار طبيعة المصلحة ، وجد معيار آخر — يعتبر تنقيحا للمعيار التقليدي الاول — هو معيار صفة الاشخاص اطراف العلاقة القانونية ، بمقتضاه يكون القانون العام هو الذى يحكم العلاقات التى تكون الدولة أحد أطرافها بصفتها صاحبة السيادة أو السلطة العامة فى الجماعة ، ويكون القانون الخاص هو الذى يحكم العلاقات بين الافراد بوصفهم افراداً (٢) .

وهذا المعيار الاخير قد يكون قريبا الى الصواب ، وان يكن لا يسلم كذلك من النقد (٣) . ولكنه على اى حال يصلح نقطة بداية للوصول الى معيار أسلم، اذ هو يخفى وراءه المعيار الذى نراه حقيقا بالتسليم وهو معيار طبيعة العلاقة القانونية نفسها ، ذلك أن صفة الاطراف فيها انما تستمد من هذه الطبيعة . ومن هنا ، يمكن أن نقول أن القانون العام هو الذى يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة أو يتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها . أما العلاقات القانونية غير المتصلة بهذا الحق أو المسائل غير المتعلقة بهذا التنظيم فيحكمها القانون الخاص (٤) .

(١) فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 29, pp. 248, 249. — Del Vecchio, op. cit., p. 292. — Riezler, article précité, pp. 126 - 130. — Eisenmann, article précité, pp. 934 - 936.

(٢) فى هذا المعنى :

Riezler, article précité, p. 131 — Eisenmann, article précité, pp. 963, 964.

(٣) اذ يقال أن الافراد حينما يمارسون الحريات العامة أو يشاركون فى تكوين السلطة العامة بالانتخاب مثلا ، انما تحكمهم — كما هو مسلم — قواعد القانون العام ، رغم أنهم لا يقومون فى الواقع باستعمال حقيقى لحق السيادة (انظر : Roubier, op. cit., No. 29, p. 250)

(٤) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 41, p. 64. — Roubier, *ibid.* — Del Vecchio, op. cit., p. 293.

٢٧ — أهمية التفرقة (١)

إذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مستقرة في الفقه ، فإن أهميتها ليست نظرية محضة ، بل هي عملية كذلك .

فالقانون العام — وهو يحكم المسائل المتعلقة بالسيادة — يزود السلطات العامة في الجماعة بمكنات لا يخولها القانون الخاص للأفراد . فـللسلطات العامة مثلاً اتخاذ قرارات فردية تفرض تكاليف عامة أو خاصة على الأفراد ، أو الالتجاء الى وسائل استثنائية قهرية تعينها على تنفيذ ما تامر به مما يدخل في اختصاص وظيفتها كالتنفيذ المباشر دون الالتجاء الى القضاء ، والاستيلاء المؤقت ، ونزع الملكية للمنفعة العامة .

وعلاقة الدولة بموظفيها تحكمها قواعد خاصة تختلف عن القواعد التي تحكم علاقة رب العمل بموظفيه وعماله . إذ في الحالة الثانية حيث لا يتصل الامر بحق السيادة يتصور اعطاء العمال جانباً غير قليل من الحرية ازاء رب العمل يصل عادة الى حد السماح لهم بالتوقف عن العمل والاضراب ، بينما لا يتصور ذلك عادة في علاقة الموظفين بالدولة صاحبة السيادة ، خاصة وانهم بحكم وظائفهم يقومون على تسير المرافق العامة وهو ما لا يحتل التوقف أو التعطل .

وتتقرر مسئولية الدولة أو الاشخاص المعنوية العامة ومسئولية الموظفين فيها على أسس وقواعد مختلفة عن القواعد العامة المقررة في القانون الخاص بشأن مسئولية الافراد أو الاشخاص المعنوية الخاصة .

وتخضع العقود التي تعقدها الادارة غالباً لقواعد استثنائية تخالف القواعد العادية المقررة للعقود في القانون الخاص ، فقد يثبت للادارة منفردة الحق في

(١) راجع في ذلك :

Roubier, op. cit., No. 29, pp. 245, 246. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 40.

عبد الحميد متولى ، الفصل في القانون الدستوري ، ١٩٥٢ ، ص ٧ .

الغاء العقد أو تعديل شروطه أو توقيع جزاء على التخلف أو التقصير في تنفيذه .

ولذلك فإن الحاجة تدعو - أمام اختلاف الانظمة والقواعد القانونية بين القانون العام والقانون الخاص - الى تخصيص جهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادى ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام وخاصة تلك المتصلة بنشاط الادارة . وهذا هو الحال فى القانون المصرى ، حيث توجد محاكم ادارية الى جوار المحاكم العادية .

٢٨ - مدى التفرقة

إذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما تزال قائمة رغم ما تعرضت له من هجمات ، فإن ذلك لا يعطيها صفة مطلقة أو جامدة .

فيراعى من ناحية ، أن هذه التفرقة ليست بالتفرقة المحتومة اللازمة التى لا يخلو منها نظام أو شريعة من النظم أو الشرائع القانونية المختلفة ، بل هى تفرقة نسبية تعرفها بعض هذه النظم والشرائع دون بعض . ولذلك كانت مجهولة فى الشريعة الاسلامية وفى القانون الكنسى الكاثوليكي . وهى فى العصر الحاضر ، إذا كانت معروفة مسلمة فى اغلب القوانين ، الا أنها تكاد تكون مجهولة من القوانين الانجلوسكسونية (١) .

ويراعى من ناحية ثانية ، أن وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يمنع من وجود فروع للقانون يستعصى اعتبارها من القانون العام أو من القانون الخاص على حدة ، إذا كانت بعض قواعدها تتعلق بتنظيم السلطات العامة وحق السيادة فى الجماعة وبعضها الآخر لا يتعلق بذلك . ووجود مثل هذه الفروع المختلطة للقانون ليس فيه ما يطعن أو ينقض التفرقة الاساسية بين القانون العام والقانون الخاص . وإذا كان الفقه يجرى عادة على ادراج بعض هذه الفروع المختلطة تحت القانون العام أو تحت القانون الخاص وحده رغم

انتمائها الى القانونين في آن واحد ، فما ذلك الا اعتبارا بالغرض الاساسي منها والصفة الغالبة لقواعدها .

ويراعى أخيرا ، أن وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يعنى أنها تفرقة جامدة ثابتة الحدود ، بل هي تفرقة مرنة تخضع في الزمان والمكان لما يعتبر وما لا يعتبر من حق السيادة في الجماعة (١) .

المبحث الثاني

فروع القانون العام

٢٩ — تقسيم

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون العام الى قسمين كبيرين ، القانون العام الخارجي (Le droit public externe) ، والقانون العام الداخلى (Le droit public interne) . وإذا كان القانون العام الخارجى ، وهو المعروف باسم « القانون الدولى العام » ، مشكوكا فى اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح ، فان ذلك يقتضى مناقشة صفته القانونية . أما القانون العام الداخلى ، فتندرج تحته فروع متعددة تبعا لتنوع المسائل المتصلة بالسيادة أو السلطة العامة في الجماعة ، مما يقتضى بيان هذه الفروع وأهميتها .

المطلب الأول

القانون العام الخارجى

٣٠ — مدى اعتبار القانون العام الخارجى قانونا بالمعنى الكامل

القانون العام الخارجى هو المعروف باسم « القانون الدولى العام » ، ويقصد به الدلالة على مجموع le droit international public

القواعد القانونية التي تحكم علاقات الدول بعضها ببعض في الحرب والسلام على السواء .

والقانون الدولي العام منازع في اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح ، على أساس عدم صدوره عن سلطة سياسية عليا تملك التشريع بين الدول ، وتختلف الجزاء الجبرى عند مخالفة قواعده (١) .

ونظرنا الى هذا القانون — كما سبق البيان — أنه قانون لم تتوافر له بعد صفة القانون الوضعى الكامل . ولكننا لا نؤسس ذلك على انعدام وجود هيئة تشريعية عليا تملك التشريع فى المحيط الدولى ، فالتشريع ليس الا مجرد مصدر بين المصادر الرسمية الاخرى للقانون ، بحيث لا يفيد تخلفه عدم قيام القانون . ولذلك فالى حين قيام مثل هذه الهيئة التشريعية ، بل حتى بعد قيامها ، يستطيع العرف الدولى أن يلزم الدول بالقواعد القانونية فى شان علاقاتها بعضها ببعض .

وانما نؤسس عدم كمال وضعية القانون الدولى العام على الواقع المسلم من أن قواعده غير مكفول احترامها بقوة الاجبار الجماعى ، وهو شرط جوهرى لوجود قانون بالمعنى الكامل كما سبق البيان . فلا توجد بعد فى المجتمع العالمى هيئة تنزل الدول منها منزلة الافراد من الحكومات فيكون لها من القوى المادية القاهرة ومن السلطان على الدول جميعا ، ما تملك معه توقيع الجزاء على كل دولة تخرق قواعد القانون الدولى العام . فالى حين وجود سيادة عالمية موحدة تعلو السيادة الوطنية المتعددة وتملك عليها حق الامر والجبر دون معقب ، لا يمكن اعتبار قواعد القانون الدولى العام قواعد قانونية وضعية كاملة اى قواعد مطبقة فعلا فى المحيط الدولى ، لانها ليست بمعدالقواعد الملزمة الزاما جبريا للدول ، فتستطيع كل دولة المخالفة عنها دون أن تجد اجبارا

(١) انظر فى عرض هذا الرأى المنسوب الى الفقيه الانجليزى أوستن :

Friedmann, Legal theory, 1944, pp. 137-139. — Gray, The nature and sources of the law, 1948, pp. 130, 131.

جماعيا يحملها على احترام أحكامها . فهي قواعد اذن لم تبلغ بعد نهاية التطور الكامل الذى وصلت اليه قواعد القانون الداخلى (١) .

وقد بذلت محاولات عديدة لايجاد هيئة عالمية لها حق السيادة على الدول بما يؤكد صفة الالتزام الجبرى لقواعد القانون الدولى العام ، ولكنها باءت كلها بالفشل حتى الان . فليس فى وجود « الامم المتحدة » القائمة حاليا ما يعنى وجود مثل هذه الهيئة . فهي لا تضم الدول جميعا ، ولاى دولة من اعضائها حق الانسحاب منها ، وهى لا تباشر على اعضائها من الدول سلطات سيادة بالمعنى الصحيح ، وقرارات جمعيتها العمومية بمثابة التوصيات ، وقرارات مجلس الامن فيها عرضة للتعطيل بما تملك بعض الدول من أعضائه الدائمين — وهى الدول الكبرى التى تتجرا عادة على مخالفة قواعد القانون الدولى — من حق الاعتراض عليها .

المطلب الثانى

القانون العام الداخلى

٣١ — تعريف وتقسيم

يقصد بالقانون العام الداخلى مجموع القواعد القانونية التى تحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة داخليا لا خارجيا ، أى تلك التى تحكمها يتصل بالسيادة الداخلية فى الدولة دون السيادة الخارجية فى علاقات الدولة بغيرها من الدول .

وتندرج تحت القانون العام الداخلى فروع مختلفة تبعا لاختلاف الموضوعات التى يعرض لها ، هى : القانون الدستورى ، والقانون الادارى ، والقانون

(١) فى هذا المعنى :

Del Vecchio, op. cit., pp. 300, 301. — Dabin, op. cit., No. 38. —

Gray, pp. 131, 132.

محمد على امام ، محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ ،قرة ٢٥ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، قرة ٤٠ .

المالى ، والقانون الجنائى أو الجزائى • فنعرض فيما يلى بايجاز لهذه الفروع المتعددة :

٢٢ — القانون الدستورى

نجد القانون الدستورى (le droit constitutionnel) فى الطبيعة من فروع القانون العام الداخلى ، فهو مجموع القواعد التى تحدد نظام الحكم فى الدولة ، وتبين السلطات العامة فيها وهى عادة السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ، وتوزع الاختصاصات فيما بينها وتحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين بعضها البعض ، وتنص على ما للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة التى تلتزم بكفالتها واحترامها •

وقد سبق أن أشرنا الى تشكيل بعض الفقهاء فيما للقانون الدستورى من صفة قانونية كاملة ، بدعوى فقدان قواعده صفة الالتزام الواجبة لكل قواعد القانون • اذ لا يتصور فيما يقولون - والدولة هى التى تملك وتحتكر سلطان الجزاء والاجبار - أن تشرعه فى وجه نفسها ان خالفت قواعد ذلك القانون (١) . فضلا عن أن التزام الدولة باحترام الدستور ليس التزاما قانونيا بالمعنى الصحيح ، وانما هو التزام أدبى أو أخلاقى محض لا يجد جزاء على خرقة الا مجرد جزاء أدبى أو أخلاقى كذلك (٢) •

وهذا النظر نظر قاصر ، من حيث أنه يغفل ما لقواعد القانون الدستورى من طبيعة خاصة تشكل صور الجزاء والاجبار فيه بشكل مختلف عن صور الجزاء والاجبار فى فروع القانون الاخرى • فالقانون الدستورى يفترض وجود سلطات مختلفة فى الجماعة ، ولما كانت مخالفة قواعده قد تقع من احداها فالجزاء أو الاجبار لا يتصور اذن الا فى صورة رقابة متبادلة بين هذه

(١) انظر فى الإشارة الى هذه الحجة :

Del Vecchio, op. cit., p. 298.

(٢) يقول بهذه الحجة الفقيه الانجليزى « اوستن » Austin ، انظر فى الإشارة الى ذلك :
مسعد عصفور ، مقدمة القانون الدستورى ، ص ٩ •

السلطات . فيكون للسلطة التنفيذية مثلا حق حل المجلس التشريعى ، ويكون للمجلس التشريعى حق اسقاط الحكومة الممثلة للسلطة التنفيذية ، ويكون للمحاكم حق الغاء التشريعات المخالفة للقانون أو للدستور ، أو على الأقل حق الامتناع عن تطبيقها . فان لم تفلح هذه الرقابة ، ارتد الامر الى مصدر هذه السلطات وهو الشعب ، فيستقل حينئذ بكفالة احترام قواعد القانون الدستورى بنفسه بما يملك من وسائل سلمية أو ثورية .

هذا فضلا ، عن أن هذا النظر يشوه وظيفة الدولة غيورها على أنها جهاز جبر وقوة ، بينما الدولة لا توجد الا لخدمة القانون وأعمال حكمه وكفالة احترام قواعده بما يحقق المقصود منه من اقامة نظام عادل فى الجماعة ، ولذلك كان احترام القانون هو أول واجباتها . فليس القانون هو قانون الدولة تتحلل من احترامه كما تشاء ، وانما الدولة هى «دولة القانون» تلتزمه وتتقيد بأحكامه . ولذلك فان الاجبار متصور فى حق السلطات العامة التى تخرق القانون . فملك الافراد مقاضاتها والتوصل الى ابطال أو اهدار تصرفاتها غير المشروعة أو غير الدستورية ، وحينئذ تلتزم السلطة التنفيذية — طبقا لوظيفتها — بالقيام بتنفيذ الاحكام الصادرة بذلك حتى ولو كانت ضدها .

ومن ذلك كله ينكشف فساد هذا الرأى ، وتستبين الصفة القانونية الكاملة ثابتة للقانون الدستورى .

٣٣ - القانون الإدارى

يقصد بالقانون الإدارى le droit administratif مجموع القواعد التى تحكم تكوين السلطة الادارية ونشاطها فى أداء وظيفتها من القيام على امر المرافق العامة تحقيقا للصالح العام ، وتزرعها فى سبيل ذلك بحقوق وامتيازات السلطة العامة التى لا يتمتع بمثلها الافراد . وبمقتضى هذه الحقوق والامتيازات ، تمارس السلطة الادارية نشاطها عادة عن طريق ما تصدره من أوامر وقرارات .

وضمائنا لحقوق الافراد ، وكفالة لحسن قيام السلطة التنفيذية أو الادارية (م ٥ - المخل الى القانون)

بوظيفتها دون انحراف أو خروج على القانون ، لا بد من إيجاد وسيلة فعالة للرقابة على الاعمال والاوامر الادارية ، بما يمكن - فى حال عدم مشروعيتها أو انحرافها - من الغائها أو وقف تنفيذها أو التعويض عن الاضرار الناشئة عنها بحسب الاحوال .

وإذا كانت السلطة القضائية العادية تبدو مهيأة لتحقيق مثل هذه الرقابة ، الا أنه يعترض على ذلك عادة بمبدأ فصل السلطات ، بما يعنيه من وجوب امتناع السلطة القضائية العادية عن التدخل فى أعمال السلطة التنفيذية لتمكين هذه السلطة الاخيرة من أداء وظيفتها فى حرية واستقلال .

لذلك جرى الحال فى كثير من الدول الحديثة - وبخاصة فرنسا - على انشاء هيئة مستقلة لتحقيق مثل هذه الرقابة تكون جهة قضاء ادارى مستقلة . وقد سلكت مصر هذا المسلك منذ وقت غير بعيد . فأنشأ المشرع المصرى « مجلس الدولة » سنة ١٩٤٦ ، ويتألف هذا المجلس من أقسام ثلاثة : قسم الرأى ، وقسم التشريع ، وقسم القضاء الذى يضم ما يعرف باسم « المحاكم الادارية » . وقد نهضت هذه المحاكم منذ نشأتها بواجبها فى رقابة الاعمال والاوامر الادارية على وجه يمنع انحراف الادارة ويكفل حقوق الافراد .

٣٤ - القانون المالى

كان يعتبر دخلا فى نطاق القانون الادارى الى قريب ما يسمى بالقانون المالى *le droit financier* ، على اعتبار أنه يتضمن القواعد التى تحكم مالية الدولة من حيث تحديد مصروفاتها ووجوه انفاقها ، وبيان ايراداتها ومصادر هذه الايرادات المختلفة . ولكن القانون المالى استقل اليوم عن القانون الادارى وأصبح فرعاً قائماً بذاته من فروع القانون العام الداخلى .

٣٥ - القانون الجنائى

ويدخل كذلك فى نطاق القانون العام الداخلى ، القانون الجنائى (*le droit criminel*) . وهو يتفرع الى الفرعين الآتيين :

(١) قانون العقوبات (le droit pénal) وهو يتضمن قواعد موضوعية تحدد الجرائم وتعين العقوبات عليها ، وتبين شروط المسؤولية الجنائية وضروف الاعفاء أو التخفيف منها . وسنرى من بعد ان هذه القواعد لا تفرض الا بنص تشريعى ، فليس للعرف فى فرضها أدنى نصيب .

واذا كان قانون العقوبات يعتبر عند جمهور الفقهاء من فروع القانون العام الداخلى (١) ، الا أن بعض الفقهاء يرى اعتباره قانونا مختلطاً يدخل - فى نفس الوقت - فى نطاق القانون العام والقانون الخاص على السواء (٢) . إذ يرون أن قانون العقوبات ، اذا كان يقوم على فكرة الدفاع عن المجتمع فيعتبر من هذا الوجه من فروع القانون العام ، الا أنه فى أغلب قواعده انما يعاقب على جرائم تقع على الافراد أنفسهم وتضر بحقوقهم ومصالحهم الخاصة . فضلا عن أن اعمال قواعد هذا القانون بالمطالبة بالعقاب ليس وفقا على السلطة العامة فى الجماعة وحدها ، بل أن للأفراد كذلك فى بعض الحالات الحق فى هذه المطالبة عن طريق تحريك الدعوى العمومية ، وبذلك يبدو قانون العقوبات كضمانة لحقوق الافراد ومصالحهم ، مما يجعله داخلا من هذا الوجه فى نطاق القانون الخاص ، وهو ما يبرر اعتباره فى مجموعه قانونا مختلطاً .

ولكن هذا رأى محل نظر . فمراعى أن الجرائم ، مهما كان نوعها ومها كان الضرر الناشئ عنها واقعا مباشرة على الافراد أنفسهم أو على حقوقهم ومصالحهم الخاصة ، انما تعتبر موجّهة ضد الجماعة إذ هى اخلال خطير بالامن والطمأنينة فيها . ومن أجل ذلك ، كانت السلطة العامة فى الجماعة هى

(١) Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. I, 3ème éd., No. 28. — Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3ème éd., No. 2.

محمد كابل مرمى والمسيد مصطفى المسعيد ، شرح قانون العقوبات المصرى الجديد ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١ . — عبد الرازق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٦ . — ميد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩ .

(٢) Roublie, op. cit., No. 30, pp. 263, 264. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 45, p. 70.

المستقلة أصلا بمباشرة الدعوة العمومية ضد المجرم للمطالبة بعقابه . فلا يملك المجنى عليه - الا فى أحوال استثنائية محدودة لا وزن لها فى هذا الشأن - رفع هذه الدعوى أو النزول عنها أو اعفاء المجرم من العقاب بالصفح عنه ، اذ الدعوى العمومية والعقاب انما هما حق المجتمع لاحق المجنى عليه (١) .

٢ - **قانون الإجراءات الجنائية** *droit d'instructions criminelles* وهو يتضمن قواعد شكلية تبين اجراءات ضبط الجرائم والتحقيق فيها واجراءات المحاكمة الجنائية ، وطرق تنفيذ العقوبات المحكوم بها . فهو انن قانون شكلى ان اجرائى يلزم وجوده لاعمال وتطبيق القانون الموضوعى اى قانون العقوبات (٢) .

المبحث الثالث

فروع القانون الخاص

٣٦ - تعريف وتمييد

القانون الخاص هو مجموع القواعد التى تحكم العلاقات بين الافراد بوصفهم افرادا ، او بمعنى ادق مجموع القواعد التى تحكم العلاقات التى لا تنصل بحق السيادة أو بتنظيم السلطة العامة فى الجماعة . فالدولة حين تدخل فى علاقات بصفتها شخصا معنويا عاديا لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطان فى الجماعة ، تحكمها قواعد القانون الخاص لا قواعد القانون العام .

(١) انظر فى هذا المعنى :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, Introduction générale à l'étude du droit, 1947, No. 150. — Gerraud, *ibid.*

عبد الرزاق السنهورى وحشيت أبو مستيت ، عبد الفتاح عبد الباقى ، المواضع السابقة . — محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٩٥ .

(٢) يذهب بعض الفقهاء الى اعتبار قانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية قانونا مختلطا تفريعا على ما يرونه فى هذا الشأن خلاصا بكل قوانين الاجراءات (Roubier, op. cit., p. 294.) بينها يذهب بعض آخر من الفقهاء الى أن هذا القانون ، باعتباره قانونا شكليا ، لا يدخل فى نطاق القانون العام ولا فى نطاق القانون الخاص (احمد مسلم ، المعال السابق ، ص ٧٩ هلبش رقم « ١ ») .

والقانون المدنى هو أساس القانون الخاص . غير أن ثم فروعاً أخرى تفرعت عليه لتحكم علاقات وموضوعات معينة ظهرت الحاجة الى وضع قواعد خاصة بها غير قواعد القانون المدنى ، نظراً لاتصالها بمهنة أو نشاط معين ، كالقانون التجارى والقانون البحرى وقانون العمل .

٣٧ - القانون المدنى

دعامة القانون الخاص هو القانون المدنى *le droit civil* ، اذ هو الشريعة العامة فى علاقات القانون الخاص ، بمعنى أنه هو المرجع حيث لا توجد فى فروع القانون الخاص الاخرى قواعد بشأن العلاقات التى تحكمها فضلاً عن أنه يتوجه الى جميع الافراد دون استثناء ، اذ هو يتوجه اليهم بصفتهم أفراداً دون نظر الى اختلاف طوائفهم ومهنتهم على خلاف الفروع الاخرى للقانون الخاص . فهو يحكم علاقة الفرد بأسرته بما يضع من قواعد الاحوال الشخصية ، وهو يحكم العلاقات المالية بما يضع من قواعد المعاملات أو الاحوال العينية .

غير أن قواعد الاحوال الشخصية ما تزال ، فى القوانين العربية المختلفة عموماً ، خارجة عن نطاق القانون المدنى خضوعاً للتقاليد القديمة المستقرة التى تترك حكمها للاديان المختلفة . ولذلك لا يتضمن التقنين المدنى المصرى أساساً الا قواعد الاحوال العينية وحدها دون قواعد الاحوال الشخصية .

٣٨ - القانون التجارى

يقصد بالقانون التجارى *le droit commercial* ، مجموع القواعد التى تحكم العلاقات التجارية ، أى العلاقات بين التجار بوصفهم تجاراً أو العلاقات المتعلقة بأعمال تجارية .

وقد دعا الى ظهور القانون التجارى - كفروع مستقل من فروع القانون الخاص - ازدياد التجارة وانتشارها والحاجة الى تنميتها ، مما يقتضى ضرورة اخضاع العلاقات التجارية لقواعد خاصة غير القواعد العامة الموجودة

فى القانون المدنى ، تعين على تحقيق ما تتطلبه المعاملات التجارية من سرعة وقوة ائتمان . ومع ذلك فالصلة غير منقطعة بين القانون التجارى والقانون المدنى ، اذ يظل الاخير معتبرا هو الاصل والاول هو الفرع ، فحيث تغتقد فى القانون التجارى قواعد خاصة ببعض العلاقات التجارية ، تردت الولاية فى شأنها الى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى نطاق العلاقات الخاصة .

ومن امثلة قواعد القانون التجارى التى يبدو فيها احلال عمل السرعة فى المعاملات التجارية محل الاعتبار ، القاعدة التى تجعل اثبات التصرفات القانونية التجارية ايا كانت قيمتها طليقا من قيد الكتابة ، فيقبل اثباتها بالبينة والقرائن القضائية . وهذه القاعدة التى تملئها طبيعة المعاملات التجارية ترد على خلاف المقرر عموما فى المعاملات المدنية من تطلب الاثبات بالكتابة فى شأن وجود او انقضاء التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على قدر معين .

ومن امثلة قواعد القانون التجارى التى يقصد من ورائها كفالة ما تحتاجه المعاملات التجارية من قوة ائتمان ، القاعدة التى تقضى بافتراض التضامن بين المدينين افتراضا لا يحتاج الامر معه الى اتفاق او نص فى القانون عليه . فهذه القاعدة تمكن الدائن فى المعاملات التجارية من مطالبة أى واحد من المدينين بكل الدين ، فتقلله بذلك من عناء مطالبة كل منهم بنسبة حصته فى الدين ، وتجنبه مخاطر مثل هذا التقسيم فى المطالبة . وهذه القاعدة التى تملئها ضرورة زيادة ضمان الدائن وائتمانه فى المعاملات التجارية ، ترد على خلاف الاصل المقرر فى المعاملات المدنية من أن التضامن بين المدينين لا يستنتج او يفترض ، وانما يكون بناء على اتفاق او نص فى القانون (م ٢٧٩ مدنى) .

واذا كان القانون التجارى مسلما باعتباره منذ قديم من فروع القانون الخاص ، فيذهب بعض الفقهاء الحديثين رغم ذلك الى اعتباره قانونا مختلطا ، على اساس أن بعض قواعده — الى جانب أغلبها المتصل بالقانون الخاص — تتصل بالقانون العام ، كذلك التى تتعرض لتنظيم الغرف والبورصات التجارية وحرية التجارة ونظام المنافسة الحرة وانظمة التجارة الخارجية

والجمارك (١) . ولكن هذا الرأى يغفل أن هذه القواعد انما تدور كلها حول النشاط التجارى الخاص للأشخاص ، فضلا عن أنها تندرج فى الواقع تحت بعض فروع القانون العام فلا تعتبر جزءا حقيقيا من القانون التجارى رغم تعلقها بالتجارة .

٣٩ - القانون البحرى

يقصد بالقانون البحرى (le droit maritime) مجموع القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية . فيعرض للسفينة وما يرد عليها من حقوق باعتبارها وسيلة هذه الملاحة ، وللبحالين القائمين على امرها وما يحكمهم من عقد العمل البحرى بقواعده الخاصة ، ولسئولية مالك السفينة ، وللائتمان البحرى من رهن وامتياز ، وللنقل البحرى وما يتصل به من مسئولية الناقل ، وللتأمين البحرى .

وموضوعات هذا القانون ، تجعله — كما هو واضح — فرعا من فروع القانون الخاص ، وهو المسلم لدى جمهور الفقهاء . ولكن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء المعاصرين من محاولة النظر اليه كقانون مختلط ، باعتبار أن ثم أنظمة وقواعد خاصة بالملاحة تتصل بالقانون العام كذلك ، مثل ما يتعلق بجنسية السفن وتنظيم الموانى والارشاد فيها وحرية الملاحة البحرية وسلامتها (٢) . ولكن الواقع أن مثل هذه القواعد ، ان كانت تمس الملاحة البحرية ، فهى أدخل فى نطاق بعض فروع القانون العام ، كالقانون الادارى والقانون الدولى العام ، منها فى نطاق القانون البحرى .

٤٠ - قانون العمل

يقصد بقانون العمل (le droit du travail) ، مجموع القواعد القانونية التى تحكم العلاقات القانونية المتعلقة بالعمل التابع للمأجور أى بالعمل

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 44, p. 67. — Roubier, op. cit., No. 30, p. 256. (١)

Marty et Raynaud, op. cit., No. 44, p. 68. (٢)

الذى يقوم به أشخاص مقابل أجر لحساب أشخاص آخرين وتحت توجيههم ورقابتهم . وهذا الفرع من فروع القانون حديث النشأة نسبيا . فقد خلقت الثورة الصناعية ، التى حدثت فى العالم عقب استعمال الآلات الحديثة ، طبقة جديدة فى المجتمع هى طبقة العمال ، وكان المذهب السائد حينئذ هو المذهب الفردى بما يستتبع من مبدأ سلطان الإرادة . وسنرى من بعد ما جره اتباع مثل هذا المذهب وذلك المبدأ من تحكم الأقوياء فى الضعفاء واستغلال أرباب الأعمال للعمال باسم الحرية والمساواة فى التعاقد والاتفاق . ولم يكن بد أمام ما بدا من هذا التحكم ، وأمام ما أخذ يظهر ويكبر من قوة العمال وخطر ما يملكون من وسائل للدفاع عن حقوقهم ، لم يكن بد من أن يكتب النجاح للمذهب الاجتماعى أو الاشتراكى ، أو بوجه عام للمذاهب التى تقوم على أساس من تدخل الدولة بما يكفل منع انقلاب حرية التعاقد وسلطان الإرادة سلاحا فى أيد أرباب الأعمال يشهرونه فى وجه العمال نظرا لما يملكون من قوة اقتصادية جبارة تمكنهم من إلقاء ما يريدون من شروط .

ولم تلبث حركة التشريع أن نشطت نشاطا موفورا فى التصدى بنصوص أمرة لحكم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال بما يكفل حقوق الطبقة العاملة . وانتهى الأمر الى ظهور قانون العمل وتمتعه بكيان ذاتى كقصر مستقل من فروع القانون (١) .

ولم تعرف مصر تشريعات العمل الا بقدر جد ضئيل فى مطلع القرن الحالى عندما ابتدأ ظهور الصناعة فيها . ثم أتيح لحركة التشريع العمالى أن تنشط فيها قبيل نشوب الحرب العالمية الثانية وأثناءها وأن تزداد بعدها أمام انتشار الصناعة وازدياد قوة العمال . ولكن تشريعات العمل ظلت تشريعات متفرقة متناثرة تفتقد التنسيق الواجب بينها . ثم تمكن المشرع عقب قيام الجمهورية العربية المتحدة من إنهاء هذا الوضع ومن التطور بتشريع العمل التطور

(١) راجع فى نشأة وتطور قانون العمل : كتابنا « أصول قانون العمل » ، الجزء الاول فى مقد العمل ، ١٩٦٤ ، ص ١٧ وما بعدها .

المناسب للوعى الاشتراكي النامى. ، فأصدر تقنيناً أو تشريعاً جامعاً لمسائل العمل ، هو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ المسبى « قانون العمل » (١) .

ورغم أن الاصل هو اعتبار قانون العمل فرعاً من فروع القانون الخاص ، إلا أن بعض الفقهاء اعتبره من فروع القانون العام بالنظر الى طغيان القواعد القانونية الامرة فيه . ولكننا سبق أن أظهرنا عدم جدوى الاعتداد بالصفة الامرة لقواعد قانون ما لتكييفه بأنه من فروع القانون العام (٢) . وذهب بعض آخر من الفقهاء الى اعتبار قانون العمل قانوناً مختلطاً ينتمى الى القانون العام والى القانون الخاص على السواء ، اذ رغم انتماء قانون العمل الى القانون الخاص لقيامه على أساس وجود علاقة من علاقات العمل الفردية الخاصة ، فإن بعض نظمه وقواعده التى تمخض عنها تطوره الحديث تتعلق بالقانون العام ، مثل : نظام مكاتب تخديم العاطلين ، ونظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، ونظام التفتيش على أماكن العمل ، وقواعد التجريم والعقوبات فى شأن مخالفة أحكامه (٣) . وإذا كان صحيحاً تعلق مثل هذه النظم والقواعد بالقانون العام ، إلا أنها أدخلت فى الواقع فى نطاق بعض فروع القانون العام المعروفة — كالقانون الادارى وقانون العقوبات — منها فى نطاق قانون العمل ، رغم جمعها مع قواعد قانون العمل الجوهرية فى صعيد واحد خضوعاً لمقتضيات الدراسة أو التشريع . فضلاً عن أن المناط فى تحديد طبيعة قانون من القوانين يكون بطبيعة قواعده الاساسية الاصلية بالنظر الى ماتحكه من موضوعات ، رغم ما قد يكون لبعض قواعده المساعدة أو التكميلية من طبيعة مختلفة ، وواضح أن المحور الاساسى لقانون العمل ، وهو الذى تدور حوله حتى

(١) راجع فى تطور قانون العمل فى مصر : كتابنا « أصول قانون العمل » سالف الذكر ، ج ١ ، ص ٣٣ وما بعدها .

(٢) فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 30, p. 257. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 44. — Durand et Jaussaud, Traité de droit de travail, t. I, 1947, Nos. 199, 200.

مثل هذه النظم والقواعد ، انما يتركز في علاقات العمل وهي علاقات خاصة لا تتعلق بحق السيادة في الدولة ولا بتنظيم السلطات العامة فيها ، ولذلك يجب اعتباره على هذا الاساس فرعاً من فروع القانون الخاص (١) .

المبحث الرابع

فروع القانون المختلطة

٤١ - تقسيم

سبق أن أشرنا الى أن بعض فروع القانون تنتمي الى القانون العام والى القانون الخاص معا ، فتكون مختلطة النوع ، والى أنه ليس في وجودها على هذا النحو ما يطعن أو ينقض التفرقة الاساسية بين القانون العام والقانون الخاص . ورغم كثرة فروع القانون التي يسبغ عليها البعض الصفة المختلطة ، لا نرى هذه الصفة ثابتة في الحقيقة الا للقانون الدولي الخاص ولقانون المرافعات المدنية والتجارية .

٤٢ - القانون الدولي الخاص

الاساس في القانون الدولي الخاص (Le droit international privé) أنه يتصدى لبيان مدى ولاية واختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات في العلاقات ذات العنصر الاجنبى ، ولتحديد القانون الواجب التطبيق في شأنها . فالقانون الدولي الخاص اذن يفترض وجود علاقات أو روابط قانونية ذات عنصر اجنبى . نلك أن العلاقات والروابط الوطنية في كل عناصرها لا تثير أى خلاف حول الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى في شأنها ، فالولاية القضائية حينئذ لا تثبت الا للمحاكم الوطنية ، والقانون الواجب التطبيق يكون

(١) راجع في ذلك :

كتابين « اصول فقه العمل » سالف الذكر ، ج ١ ، ص ٦٥ و ٦٦ - وكتابنا « اصول القانون » ، هاشم ١ ص ٦٤ .

هو القانون الوطنى وحده بقواعده الموضوعية والشكلية • وعلى هذا النحو تكون المحاكم المصرية وحدها هى المختصة ويكون القانون المصرى وحده هو الواجب التطبيق فى شأن زواج يعقد فى مصر بين مصريين وفى شأن بيع يعقد بين مصريين فى مصر ويكون واردا على عقار موجود فى مصر ، وفى شأن ميراث مصرى يتوفى فى مصر عن أموال موجودة فيها •

انما يثور الخلاف بصدد العلاقات والروابط التى يصطبغ أحد عناصرها بصبغة أجنبية ، اذ يقوم التنازع حينئذ بين المحاكم الوطنية والمحاكم الاجنبية على الولاية القضائية فى المنازعات الناشئة عنها ، ويقوم التنازع كذلك بين القانون الوطنى والقانون أو القوانين الاجنبية على أيها أحق بالتطبيق فى شأنها •

فاذا تم زواج فى فرنسا مثلا بين مصرى ومصرية ثم نشأ نزاع بشأنه ، هل تكون المحاكم المصرية هى المختصة بنظره باعتبارها محاكم جنسية الزوجين ، أم تكون المحاكم الفرنسية هى المختصة باعتبارها محاكم الدولة التى تم فيها عقد الزواج ؟ واذا ثبت الاختصاص للمحاكم المصرية ، فإى قانون تطبق ؟ هل تطبق القانون المصرى باعتباره قانون جنسية أطراف العلاقة ؟ أم تطبق القانون الفرنسى باعتباره قانون التصرف المنشئ لهذه العلاقة ؟ • واذا باع المانى مصرى عقارا موجودا فى ايطاليا وتم عقد البيع فى مصر وثار نزاع بشأن هذا البيع من بعد ، فإلى من المحاكم : المصرية أو الالمانية أو الايطالية ، يثبت الاختصاص بنظره ؟ • واذا ثبت الاختصاص لاحدها فإى قانون تطبق ؟ القانون الايطالى باعتباره قانون موقع العقار محل العلاقة القانونية ؟ أم القانون المصرى باعتباره قانون جنسية المشتري وقانون التصرف المنشئ لهذه العلاقة أى قانون الدولة التى عقد فيها عقد البيع ؟ • أم القانون الالمانى باعتباره قانون جنسية الطرف الاخر فى العلاقة وهو البائع ؟

فكيف يتم حل التنازع على الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى بين المحاكم والقوانين المختلفة السيادة بشأن العلاقات والروابط ذات العنصر

الاجنبى ؟ لا توجد فى الواقع قواعد دولية أى عالمية تتصدى لحل مثل هذا التنازع حلا موحدا تتبعه كل الدول . وانما جرى الامر على استقلال كل دولة على حدة بوضع القواعد التى تراها كفيلة بحل هذا التنازع ، وهذه القواعد هى التى تكون أساسا ما يعرف باسم « القانون الدولى الخاص » . وغنى عن البيان أن فى وصف هذه القواعد بصفة الدولية تجاوزا كبيرا ، فليست هى بالقواعد المتبعة على شكل موحد فى كل الدول حتى يصدق فى شأنها هذا الوصف ، بل هى مجرد قواعد وطنية تستقل كل دولة بوضعها ، بحيث يكون لكل دولة قانونها الدولى الخاص المختلف عن القانون الدولى الخاص فى أى دولة أخرى فهناك القانون الدولى الخاص المصرى والقانون الدولى الخاص الانجليزى والفرنسى وهكذا .

وقواعد القانون الدولى الخاص فى دولة ما ، انما تقتصر — فى سبيل حل التنازع على الاختصاص القضائى بالمنازعات ذات العنصر الاجنبى — على تحديد مدى ولاية المحاكم الوطنية فى هذا الشأن، أى تقتصر على مجرد بيان ما اذا كانت هذه المحاكم مختصة أم لا ، فلا تعدو ذلك فى حال عدم اختصاصها الى تعيين المحكمة أو المحاكم الاجنبية المختصة .

ويختلف الامر عن ذلك فى صدد التنازع على الولاية التشريعية بين القوانين المختلفة السيادة على حكم المنازعات ذات العنصر الاجنبى ، اذ تعبد قواعد القانون الدولى الخاص فى كل دولة الى تحديد القانون الواجب التطبيق من بين هذه القوانين المتنازعة ، فلا تكفى بتحديد مدى ولاية القانون الوطنى فى هذا الشأن بل تعين — فى حالة عدم ولايته — القانون الاجنبى الواجب التطبيق . ويطلق على قواعد القانون الدولى الخاص ، التى تتصدى لحل التنازع بين القوانين بتعيين القانون الواجب التطبيق من بينها ، اسم « قواعد الاسناد » (Règles de rattachement) . وقد جاءت هذه التسمية من طبيعة هذه القواعد ، فهى لا تقوم بحل المنازعات الخاصة بالعلاقات ذات العنصر الاجنبى حلا موضوعيا ، وانما تقتصر على مجرد الاحالة والاسناد فى شأن هذا الحل الى قانون معين من بين القوانين المتنازعة على حكمها . أى أن

قواعد القانون الدولي الخاص اذن لاتفصل مباشرة فى المنازعات ذات العنصر الاجنبى ، بل تكفى بتعيين القانون الواجب التطبيق فى شأنها ، وهو الذى يتضمن وحده الحل الذى ينحسم به موضوعها . فمثلا اذا توفى امريكى متوطن فى مصر ، وعينت قواعد القانون الدولي الخاص المصرى اى قواعد الاسناد المصرية القانون الواجب التطبيق فى هذا الشأن بأنه القانون الامريكى ، فلا ينحسم بهذا التعيين النزاع حول تركة الامريكى المتوفى ، وانما ينحسم هذا النزاع بتطبيق قواعد القانون الامريكى الموضوعية المتعلقة بالمراث والوصية .

ومن أمثلة قواعد الاسناد المصرية ما تنص عليه المادة ١٢ من التقنين المدنى الحالى من أنه « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين » ، وما تنص عليه المادة ١٥ منه من أن « يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الاقارب قانون المدين بها » . وما تنص عليه المادة ١٧ — ١ منه من أنه « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه بالتصرف وقت موته » .

ولئن كان القانون الدولي الخاص يشتمل أساسا على موضوع « تنازع الاختصاص القضائى » و « تنازع القوانين » ، الا أن كثيرا من الفقهاء قد أدخل فى نطاقه فضلا عن ذلك موضوع « الجنسية » و « حالة الاجانب » و « الموطن » ، على أساس أن هذه الموضوعات الإضافية ليست الا مسائل أولية بالنسبة للموضوعين الأساسيين . فلا بد من تعرف جنسية أطراف العلاقة القانونية للوقوف على ما اذا كانت هذه العلاقة فى عنصرها الشخصى وطنية أو أجنبية . ولابد من تعرف مدى ما يباح للاجانب التمتع به من حقوق — اذ يتمتعون غالبا بحقوق أدنى مما يتمتع به الوطنيون — لامكان الحكم لهم بها فى المنازعات التى يكونون أحد أطرافها ، وهى التى تتصدى قواعد القانون الدولي الخاص لحل التنازع على الاختصاص القضائى والتشريعى بشأنها . وكذلك الشأن بالنسبة للموطن ، فقد يتعين به الاختصاص القضائى أو التشريعى . وتتفق القواعد القانونية التى تحكم هذه الموضوعات الإضافية مع القواعد التى تحكم الموضوعين الأساسيين فى أنها قواعد وطنية وليست بالقواعد الدولية .

ولكنها تختلف عنها في أنها قواعد موضوعية فليست مثلها قواعد شكلية أو قواعد اسناد .

ولعل كون الاساس في قواعد القانون الدولي الخاص هو وجود علاقات خاصة ذات عنصر أجنبي تتصدى لحل التنازع بين القوانين على حكمها ، هو الذى يبرر لدى بعض الفقهاء اعتبار هذا القانون فرعاً من فروع القانون الخاص (١) ، رغم أن قواعده الخاصة بحل تنازع الاختصاص القضائى وقواعده الخاصة بالجنسية وبعض قواعده الخاصة بمركز الاجانب فى الدولة تتصل اتصالاً وثيقاً بحق السيادة فى الدولة مما تعتبر معه من قواعد القانون العام .

والواقع أن تعدد موضوعات القانون الدولي الخاص على هذا النحو الذى يأخذ به أغلب الفقهاء رغم اعتبار بعضها دخيلاً عليه ، واتصال هذه الموضوعات بالقانون العام والقانون الخاص على السواء قد يرجع النظر الحديث اليه باعتباره قانوناً مختلطاً (٢) .

٤٣ — قانون المرافعات المدنية والتجارية

يقصد بقانون المرافعات المدنية والتجارية Le droit de procédure civile et commerciale فى معناه الواسع مجموع القواعد القانونية المنظمة للسلطة القضائية من حيث تعيين أنواع المحاكم وتشكيلها واختصاصها وشروط تنصيب قضاتها وواجباتهم وحقوقهم ،

(١) فى هذا المعنى :

Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949, No. 22.

(٢) فى هذا المعنى :

Lerebours-Pigeonnière, Précis de droit international privé, 4ème éd., No. 46. Roubier, op. cit., No. 30, p. 265.

عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص المصرى . الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرة ٤٦ ، ص ٧٤ . — محمد كمال نهى ، اصول القانون الدولي الخاص ، ١٩٥٥ ، فقرة ٥٢ ، ص ٥٧ .

والمبينة للإجراءات والاضاع الواجبة الاتباع فى رفع الدعاوى المدنية والتجارية والفصل فيها وتنفيذ الاحكام الصادرة فى شأنها . ولكن اذا اخذ هذا القانون بمعناه الخاص أو الضيق ، فان نطاقه يقتصر على مسائل الاجراءات وحدها ، وهو يعتبر على هذا الوجه قانونا شكليا يلزم وجوده لاعمال قواعد القانون المدنى والتجارى الموضوعية .

ولعل اختلاف مدلول هذا القانون ونطاقه بتراوجه بين المعنى الواسع والمعنى الضيق ، هو الذى أوجد اختلافا بينا فى الفقه حول طبيعة هذا القانون وتبعيته لاحد التقسيمين الرئيسيين ، فذهب كثير من الفقهاء الى اعتباره من فروع القانون الخاص (١) ، وذهب البعض منهم الى اعتباره من فروع القانون العام (٢) .

ولكن يبدو أن مسائل وموضوعات هذا القانون التى تدخل فى معناه الواسع من التشابك والترابط بحيث لا ينبغى الفصل بينها أو أخذ هذا القانون بالمعنى الضيق وحده . ولذلك يبدو قانون المرافعات المدنية والتجارية على هذا النحو مختلطا (٣) ، فهو يتعلق بالقانون العام حيث يعرض لتنظيم السلطة القضائية ، وهو يتعلق بالقانون الخاص حيث يعرض لاجراءات استخلاص الحقوق الخاصة وحمايتها .

(١) Colin, Capitane et De La Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 11ème éd., 1947, t. I, No. 7.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو متيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨١ — عبد النجاشى ، المرجع السابق ، فقرة ٦١ . — محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ .
(٢) Riezler, Article précité, pp. 134, 135. - De La Gressaye et La-borde-Lacoste, op. cit., No. 151.

(٣) انظر فى هذا المعنى :

أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٥ ، فقرة ٧ . محمد على امام ، محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٨ ، ص ٩٢ .

القسم الأول

النظرية العامة للقاعدة القانونية

٤٤ — تقسيم

عرضنا في الباب التمهيدي للقانون ، كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع ، من حيث خصائصه ومدى سلطان ارادة الافراد ازاءه وأقسامه وفروعه المختلفة . ونستهدف الان التعرف على الاصول التي تحكم القاعدة القانونية وتهمين عليها أيا كان نوع هذه القاعدة أو منشأها . وذلك يقتضى تتبع القاعدة القانونية في مرحلة تكوينها ثم في مرحلة تطبيقها .

وبذلك يتضمن هذا القسم فرعين كبيرين :

الفرع الاول — في تكوين القاعدة القانونية .

الفرع الثانى — في تطبيق القاعدة القانونية .

الفِرع الأول

تكوين القاعدة القانونية

مقدمة

٤٥ - تمهيد

تبدو القاعدة القانونية أول ما تبدو في صورته تكليف الى الافراد تتوجه به سلطة (١) تملك التكليف والامر دون معقب ، وتكفل احترامه سلطة عامة في الجماعة عن طريق ما يتوافق لها من قوى مادية لا تغلب . وتوجيه التكليف من سلطة مختصة أمره وكفالة احترامه من سلطة مختصة مجبرة ، هو ما يعطى للقاعدة القانونية صفة الوضعية أو الفعلية .

ولكن كيف تتكون القاعدة القانونية ؟ . ومن أين تأتيها صفة الشرعية التي تجعل احترامها في ذاتها فرضا على الافراد ؟

هنا يختلف الفقهاء والفلاسفة اختلافا بينا . فبعضهم شكلون لا ينظرون الا الى الشكل الذي تخرج به القاعدة القانونية الى الوجود في صورة ملزمة ، فيرجعون تكون القاعدة القانونية الى السلطة التي اكتسبت هذه القاعدة عن طريقها قوة الالتزام في العمل . ولكن هذا النظر سطحي بحث يتعلق بالظاهر فلا ينفذ الى الباطن ليطلع على المادة الاولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية . ومن هنا ، ينبغي التمييز - في تكوين القاعدة القانونية - بين الجوهر والشكل . وتلك تفرقة يعتنقها اليوم جمهور الفقهاء منذ اكدها في مطلع هذا القرن الفقيه الفرنسي « جيني » بتفرقته بين ما سماه « العلم » (La science) وبين ما

(١) المتصور بلفظ السلطة هنا المعنى العلم الواسع ، أي كل جهة تملك حق التكليف بالقواعد القانونية أي كانت هذه الجهة : فقد تكون هي الدولة ضمن القواعد القانونية من طريق التشريع ، أو تكون هي الجماعة عن طريق العرف ، أو تكون هي القدرة الإلهية عن طريق الوحي وباسم الدين .

سماء « الصناعة » أو « الصياغة » (La technique) ، وهو ما ينتهى الى رد تكوين القاعدة القانونية الى نوعين من المصادر : مصادر موضوعية أو مادية من ناحية ، ومصادر شكلية أو رسمية من ناحية أخرى .

فنعرض أولا للمذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية ، ثم لنقد هذه المذاهب وهو ما ينتهى الى استبعادها والتفريق بين جوهر القاعدة القانونية وشكلها ، فيرتسم أمامنا — على ضوء هذه التفرقة — نهج البحث فى هذا الفرع .

٢٦ — المذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية (١)

اكتفى بعض الفقهاء بالنظر المحدود فلم يبصروا من القانون الا صفته الوضعية ، اذ رأوا ما يظهر فى الواقع من سلطة تأمر أيا كانت هذه السلطة ، ثم رأوا أن الدولة هى السلطة التى تملك جبر الافراد على طاعة قواعد القانون ، فقالوا أن القانون هو مشيئة الدولة أو هو بوجه عام مشيئة من له السيادة والسلطان فى المجتمع . فالدولة فى هذا النظر اذن هى التى تصنع القانون وتخلقه ثم تأخذ الافراد جبرا باتباعه .

ومن ثم فالقانون ليس الا مجرد تعبير عن ارادة الدولة أيا كانت طريقة هذا التعبير بتشريع مسطور أو بعرف متبع أو بدين ينزل به الوحي . فلا قانون الا ما تعتبره الدولة كذلك أما بأمر يصدر منها صراحة فى صورة تشريع أو باقرار منها لامر جرت به ارادة أخرى كارادة الله أو ارادة الجماعة ، وكفالتها له بجزاء توفقه على من يخالفه . فالقاعدة القانونية اذن ليست شيئا كامنا فى طبيعة الحياة الاجتماعية وما يهيمن عليها من مثل عليا ، ولكنها شيء ظاهر تجرى به ارادة الدولة ومشيئتها .

(١) راجع فى ذلك خلاصة :

Roublier, op. cit., No. 6, pp. 42 - 50. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e éd. 1937, No. 9, pp. 100 et s.

وتدذهب هذا المذهب في تصور القانون غير قليل من الفلاسفة والفقهاء ، على اختلاف يسير في الجزئيات لا ينتقص من اتفاقهم على مبدأ رد القانون الى مشيئة الدولة . ونكتفي فيما يلي بعرض مذهب كل من الفيلسوف « هيجل » والفقيه « أوستن » (١) .

(١) مذهب « هيجل » :

كان الفيلسوف الالماني هيجل (Hegel) — وهو صاحب مذهب تأليه الدولة وتعظيم سلطانها (٢) — على نحو تبعه فيه أغلب الفقهاء الالمان فيما بعد — يرى أن وجود الدولة أمر جوهري لوجود جماعة منظمة ، وهو ما يقتضى أن يتلشى الافراد في الدولة وأن يخضعوا خضوعاً تاماً لها . فأرادة الدولة هي التي يجب أن تسود ، لتحل النظام في الجماعة محل الفوضى وتحترف للافراد بحقوقهم ، ووسيلتها الى ذلك وضع قانون للجماعة يلتزم به الافراد .

وبذلك يجد القانون أساسه وشرعيته — عند هذا الفيلسوف — من صدوره عن الدولة ، بحيث لا يتصور وجود قانون لا يصدر عن ارادتها أو في الاقل لا يحظى باقرارها (٣) ، وبحيث لا يتصور أن يكون للافراد حقوق الا تلك التي تقرها الدولة وتعترف لهم بها (٤) .

(٢) مذهب أوستن :

وكذلك كان الفقيه الانجليزي أوستن (Austin) لا يرى القانون الا

(١) وهناك مذاهب شكلية أخرى من أهمها مذهب « كلسن » (Kelsen) الذي كان يخلط خطأ تالياً بين القانون والدولة ، فيعتبر الدولة مجموعة من القواعد القانونية (راجع في عرضي مذهبه وانتقاده : كتابنا أصول القانون ، ص ١١٠ — ١١٢) .
(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 51, p. 533.

(٣) إذا كان هيجل يعتبر القانون إرادة الدولة في الداخل ، فانه يعتبره كذلك إرادتها في الخارج بالنسبة الى علاقاتها مع الدول الأخرى . فسيادة الدولة ليست داخلية محسب ، ولكنها خارجية كذلك ، إذ لا توجد إرادة أعلا من إرادة الدولة حتى تلزمها بسلوك معين أو تجبرها على اتباع هذا السلوك . وحينئذ تعتبر الحرب هي وسيلة الدولة للاجبار القانوني اللانم لكافة احترام القانون الذي تضمنه في شأن علاقاتها مع الدول الأخرى (انظر : Roubier, Ibid.

وضعيا تقوم الدولة بوضعه وكفالة احترامه جبرا على الافراد ، لانها هي وحدها صاحبة السيادة والسلطان فى الجماعة . فجوهر القانون عنده هو أمر توجهه الهيئة الحاكمة الى المحكومين وتردغه بجزاء. ولذلك فالقانون لا يقوم الا فى مجتمع سياسى يستند تنظيمه الى وجود طبقتين : طبقة حاكمة لها حق الامر دون معقب ، وطبقة محكومة عليها واجب الطاعة لما يصدر عن الطبقة الحاكمة صاحبة السيادة فى المجتمع من أوامر وتكاليف . ولا يقوم القانون كذلك الا عندما تملك الطبقة الحاكمة فرض احترام القانون بما لها من قوى مادية جبارة بتوقيع الجزاء على من يخالف عن أمر قواعده (١) .

ومن هنا ، كان انكار أوستن لوضعية القانون الدولى العام (٢) ، حيث لا يوجد فى مجتمع الدول هيئة حاكمة لها حق السيادة أو الامر دون معقب تنزل الدول منها منزلة المحكومين حتى تسن لها من القواعد القانونية ما تأخذها جبرا باحترامه . وكذلك كان انكار وستن لوضعية القانون الدستورى (٣) ، فالدولة ليست مقيدة بأى قيد يمنعها من مخالفتها ، ولانها - وهى تملك سلطان الجزاء - لا يتصور أن توقعه على نفسها .

٤٧ - نقد المذاهب الشكلية واستبعادها

لا نطيل الوقوف أمام ما ينتهى اليه الاخذ بهذه المذاهب الشكلية فى مجموعها من تحكم الدولة تحكما مطلقا فى القانون ، مما يجعل الحكم للقوة التى تتمثل فى الدولة ، تفرض مانشاء استنادا الى أن مشيئتها هى القانون ، أو تتحلل من أحكام القانون، فالشطط فى ذلك ظاهر ، اذ ينتهى الامر الى أن يكون القانون فى خدمة الدولة تشكله كيف تشاء دون نظر الى حاجات الجماعة أو مقتضيات العدل ، لا أرى، تكون الدولة فى خدمة القانون تنقيده بأحكامه وتقف حارسا لكفالة احترام قواعده بالقوة المادية أن اقتضى الحال .

(١) Austin, Lectures on Jurisprudence, or the philosophy of positive law, 4th ed. 1873, vol. I, pp. 90 - 100, p. 183.

(٢) Austin, pp. 89, 187, 188.

(٣) Austin, pp. 274 - 281

ولا نطعن الوقوف كذلك أمام ما تتفق عليه هذه المذاهب الشكلية من حصر القانون في مصدر وحيد هو التشريع ، فذلك نظر محدود يكذبه الواقع كما سنرى . بل ان من هذه المصادر ما لا يزال طاغيا على تشريع الدولة في بعض المجتمعات ، كالدين بالنسبة لمسائل الاحوال الشخصية في القوانين العربية ، وكالعرف والسوابق القضائية في القانون الانجليزي .

ولا يكفي - لدفع هذا الاعتراض - أن يقال أن القانون اذا كان يتولد من مصادر أخرى غير التشريع كالعرف ، فما ذلك الا لان الدولة تقره وتجيز تطبيقه ، مما يجعل من هذه المصادر ارادة ضمنية للدولة كما يعتبر التشريع ارادتها الصريحة (١) . اذ الواقع ان الدولة اذا كانت تطبق القواعد المتولدة عن هذه المصادر ، فان هذه القواعد لا تعتبر قانونا لذلك ، وانما الصحيح أن الدولة تطبقها لانها مفروضة عليها باعتبارها قانونا في ذاتها (٢) .

ولكننا نريد أن نؤكد أن مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة أو مذهب وحدة القانون والدولة انما يأخذ بظاهر الامر دون التنقيب عما وراءه ، فهو مذهب سطحي يكتفى بما يظهر في الواقع من قيام الدولة غالبا بوضع التشريع واستئثارها بتوقيع الجزاء فيعتقد أن الدولة هي التي تخلق القانون . والواقع أن وظيفة الدولة تختلف عن ذلك كل الاختلاف ، فهي حين تضع التشريع مثلا انما تعتمد الى التعبير تعبيرا فنيا عما تقضى به حاجة الجماعة وما يسيطر عليها من موجهات عقلية أو مثالية ، فالدولة لاتعدو اذن أن تكون مجرد أداة للتعبير عن حاجة الجماعة ومشيتها ، وهي حاجة يحكمها ما تزخر به الحياة الاجتماعية من وقائع وحقائق وما يفرضه العقل من غاية أو هدف لتلك الحياة . وكذلك الامر فيما يتعلق بالعرف ، فالمسنة التي يجرى الناس على

(١) Austin, pp. 103 - 105

(٢) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري وحشيت أبو منيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ من ٢١ . —
عبد الفتاح ميد البايي ، المرجع السابق ، فقرة ١٨ ، من ٢١ . — محمد علي امام ، المرجع
السابق ، فقرة ٥٢ ، من ١٢٠ . — سليمان برنيس ، المرجع السابق ، فقرة ١٨١ . —
سمد منصور ، المرجع السابق ، من ٧ .

اتباعها مع اقتناعهم بالزامها ليست الا تعبيراً عن حاجة من حاجات الجماعة أو تحقيقاً لبعض ما تسمو اليه من مثل .

والاكتفاء بالشكل دون الموضوع ، والاعتقاد بالتالى بأن الدولة هى التى تخلق القواعد القانونية لانها تحمل غالباً طابعها الرسمى دون عناية بالوقوف على الحاجات والدوافع التى أملت وضع هذه القواعد أو على المثل والعوامل التى وجهت اليها وأسهمت بنصيب وافر فى تحديد مضمونها،ينتهى بالمذاهب الشكلية الى قطع الصلة بين القانون والجماعة مما يؤدى الى وقف حركة تطور القانون . وآية ذلك ما جر اليه اتباع مذهب التزام النص فى فرنسا فى القرن التاسع عشر من جمود القانون نتيجة للجمود فى التفسير وتقديس نصوص التشريع ، وفهمها على أنها — وقد تضمنت ارادة الدولة — فلا صلة لها بالحياة الاجتماعية أو بتطورها . والواقع أن القاعدة القانونية — كما سبق البيان — هى قبل كل شيء قاعدة اجتماعية ، فلا يمكن فصلها بحال من الاحوال عن البيئة الاجتماعية التى تتكون فيها ، فهذه البيئة بما يحكمها من واقع وما يوجهها من مثل انما تقدم المادة الاولى التى تصاغ منها القاعدة القانونية صياغة تجعلها صالحة للتطبيق فى نطاق العمل .

فالمذاهب الشكلية اذن مذاهب سطحية جامدة ينبغى استبعادها ، وتوسعة أفق النظر الى تكوين القاعدة القانونية — دون انحصار فى الشكل الذى تخرج به الى الناس — بما يستوعب ما يستتر وراء هذا الشكل من عمل صامت خفى يتمثل فى عوالم الحياة الاجتماعية الواقعية منها والمثالية على السواء .

٤٨ — التفرقة بين المصادر الرسمية أو الشكلية وبين المصادر المادية أو

الموضوعية للقاعدة القانونية ، وأهميتها

إذا استبعدنا المذاهب الشكلية ، ومددنا النظر الى الشكل الى ما وراءه ، فاننا نصادف اذن فى تكوين القاعدة القانونية أول ما تصادف عنصراً شكلياً

هو الذى يعطيها قوة الالزام وصلاحيه التطبيق فى نطاق العمل ، ثم نصادف وراء الشكل عنصرا موضوعيا هو المكون لمادة القاعدة القانونية وجوهرها .

ولذلك يستقر أغلب الفقهاء على أن القاعدة القانونية لها مصدران : مصدر رسمى أو شكلى (source formelle) ، ومصدر موضوعى أو مادى (source réelle ou matérielle) . وترمز المصادر الرسمية أو الشكلية لطرق التعبير عن القاعدة القانونية ، وترمز المصادر الموضوعية أو المادية لجوهر القاعدة القانونية ، ذلك أن القاعدة القانونية توجد مادة أولية قبل أن تمتد اليها يد القانون الوضعى بالتعبير والصياغة والالزام فى نطاق العمل . وهذه التفرقة من الاهمية بمكان كبير ، اذ ترتفع بالقانون عن أن يكون مجرد تحكم من السلطات التى تملك التعبير عنه . فهذه السلطات انما تلتزم — فى هذا التعبير — ما تقدمه اليها المصادر الموضوعية أو المادية من حقائق الحياة الاجتماعية ومثل العدل فيها . فان جاء التعبير من السلطات المختصة به مجافيا لهذه الحقائق وتلك المثل ، خرج القانون فى صورته الوضعية ظالما ، والقوانين الوضعية الظالمة — فيما يحدثنا التاريخ — لا يكتب لها البقاء ، فسرعان ما يمتد اليها الفناء اذ يجرفها تيار التطور أو تيار الثورة . وان جاء التعبير على يد السلطات المختصة بذلك ، لم يكن للقاضى أن يقف مكتوف الذراعين فينكل عن الحكم والا ارتكب ما يسمى بجريمة « انكار العدالة » أو على الاصح جريمة « انكار العدل » (déni de justice) ، وانما عليه أن يستنبط الحكم من هذه الحقائق وتلك المثل أى من المصدر المادى أو الموضوعى للقانون .

فالمصادر المادية أو الموضوعية اذن هى التى تقدم جوهر القاعدة القانونية ، والمصادر الرسمية هى التى تسبغ على هذا الجوهر صفة الوضعية أو الشرعية بما تعطى له من شكل ملزم للناس . أو بعبارة أخرى تفرض المصادر الموضوعية أو المادية على القانون الوضعى جوهر قواعده ، ويصوغ القانون الوضعى هذا الجوهر ويفرضه على الناس عن طريق المصادر الرسمية أو الشكلية .

٤٩ - خطة البحث

إذا كان تكوين القاعدة القانونية يرد - على ما سبق البيان - إلى عناصر مادية تفصح عن جوهرها ، وإلى عناصر رسمية تفصح عن شكلها ، فيكون طبيعياً أن نقسم هذا الفرع إلى بابين :

الباب الأول - في جوهر القاعدة القانونية

الباب الثاني - في شكل القاعدة القانونية .

الباب الأول

جوهر القاعدة القانونية

• • — تمهيد

المقصود بهذا الباب بيان المادة الاولى التى تتكون منها القاعدة القانونية ، أى الوقوف على ما يسميه الفقهاء المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية ، اذ هى المصادر الحقيقية التى يستمد منها مضمون هذه القاعدة وتستند اليها شرعيتها على السواء •

والاختلاف كبير بين الفلاسفة والفقهاء بشأن النظر الى جوهر القاعدة القانونية ، ومرد ذلك قصر النظر الى ناحية دون أخرى ، فمدرسة لا تبصر من هذا الجوهر الا المثل الاعلى الذى يكشف عنه العقل ، ومدرسة أخرى لا تبصر منه الا الحقائق التى تزرع بها الحياة الاجتماعية • وأصل هذا الاختلاف افتراقهما فى الطريقة والمنهج • فالمدرسة المثالية تقوم على أساس التسليم ببديهية اولية، لا تقبل النقاش ولا يمكن التدليل عليها ببرهان مادى . والمدرسة الواقعية ترفض كل بديهية لايقوم عليها دليل علمى، وتقتنع بالمشاهدة والتجربة لكل واقع ملموس محسوس ، فتلتزم بذلك متهاجا علميا تجريبيا بحتا .

ولعل مثالا يوضح الفرق بين المدرستين : فالقاعدة التى توجد فى كل الشرائع بتحريم القتل يختلف أصلها عندهما ، فهذا الاصل عند المدرسة المثالية مثل أعلى للعدل يرد بداهة على العقل ، وهو عند المدرسة الواقعية تسجيل للواقع واستخراج منه ، فالتقابل بين الناس أدى الى الفوضى فى الجماعة وأوشك أن يؤدى بها الى الفناء فلم يكن بد من تحريم القتل •

غير أن كلا من المدرستين يسرف في الناحية العكسية للآخرى اسرافا يحصر النظر الى القانون في زاوية واحدة. ومن هنا ، ينبغي للاحاطة بجوهر القانون على وجهه الصحيح النظر الى زواياه جميعا ، وهو ما لا يتأتى الا بالجمع بين فقه ونهج المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية على السواء ، وهذا ما أنتهى اليه جمهور الفقهاء اليوم لانه هو المتفق مع طبيعة القاعدة القانونية ووظيفتها •

ولذلك نقسم هذا الباب الى فصول ثلاثة :

الفصل الاول - في المدرسة المثالية •

الفصل الثانى - في المدرسة الواقعية •

الفصل الثالث - فى الجمع بين فقه المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية •

الفصل الأول

المدرسة المثالية

L'Ecole Idéaliste

تكاد تنحصر هذه المدرسة في مذهب القانون الطبيعي ، الذي لم يثر مذهب
مثل ما أثاره هذا المذهب من جدل وخلاف ، فنعرض لفتحه وتطوره فيما يلي:

مذهب القانون الطبيعي^(١)

La Doctrine ou L'école de droit naturel

٥١ - تمهيد

راودت الفلاسفة منذ قديم فكرة وجود قانون أعلى من القوانين الوضعية ،

(١) أهم المراجع :

Alexeiev, Le droit naturel. Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1934, Nos. 1 - 2, pp. 135 - 164. — Beudant, Le droit individuel et l'Etat, 3e éd., Nos. 18 - 93. — Charmont, La renaissance du droit naturel, 2e éd., 1927. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 64 - 93. — Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 201 - 216. — Draghicesco, Philosophie du droit et droit naturel, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 1 - 2, pp. 243 - 286. — Le Fur, droit naturel et réalisme, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 1 - 2, pp. 225 - 230. — Luno Pena, Essai critique sur les notions de Loi Eternelle et de Loi Naturelle, Arch. de phil. du droit, 1936, Nos. 1 - 2, pp. 92 - 131. — Richard, Le droit naturel et la philosophie des valeurs, Arch. de phil. du droit, 1934, Nos. 1 - 2 pp. 7 - 24. — Rommen, Le droit naturel, Traduction française, 1935. — Roubier, op. cit., Nos. 11 - 12, pp. 92 - 196; No. 16, pp. 144 - 153. — Saleilles, Ecole historique et droit naturel, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, pp. 80 - 112.

Cairns, Legal philosophy from Plato to Hegel, 1949. — Friedmann, Legal theory, 1944, pp. 18 - 62.

قانون ثابت أبدى صالح لكل زمان ومكان لانه انما يصدر عن طبيعة الاشياء .
تلك الفكرة في بساطة تعبيرها عن نزعة الانسان الى الكمال هى التى عبر
عنها مذهب القانون الطبيعى .

غير أن هذا المذهب ، وان احتفظ بجوهر تلك الفكرة على اختلاف العصور
منذ القدم، إلا أن مضمونها لم يثبت على حال واحدة فتناوله التعديل والتبديل
دفعاً لما تعرضت له الفكرة ذاتها من تجريح ونقد مرير. وكذلك فان هذه الفكرة
تقاضفتها الغايات المختلفة ، فبدأت فكرة تأمل فلسفية ، ثم صارت فكرة دينية،
ثم لم تلبث أن تحولت الى فكرة قانونية ، ثم اتخذها فلاسفة السياسة أداة
لزلزلة الطغيان فمهدوا بها للثورة الفرنسية ولما أعلنته من حقوق الانسان
الطبيعية . على أن ذلك دفع بالفكرة الى منزلق خطر ان صبغها بصبغة فردية
صارخة ، فمكن للخصوم منها ، فتواتر زمناً ثم عادت في اعقاب القرن الماضى
ومطلع هذا القرن تطل على الناس فى زى جديد يجعلها أدنى للقبول وأثبت
للنقد .

٥٢ - القانون الطبيعى عند اليونان

فكرة القانون الطبيعى اخذ فكرة عريقة فى القدم ، يردها الكثيرون الى
اليونان . غير أنه ينبغي الحذر فى تقبل ذلك على اطلاقه . فرغم أن بعض
شعراء اليونان كانوا يتكلمون عن قوانين خالدة أبدية لم تكتب وليس الى
محوها من سبيل ، إلا أن فلاسفة اليونان الاول كانوا يحملون للدولة ولقوانينها
الوضعية تقديساً كبيراً باعتبار أن الدولة تمثل سلطان الخير (١)، ومن هنا
لا نجد فى آثارهم فكرة القوانين الوضعية الظالمة التى يجب على الفرد عدم
اطاعتها .

ثم تقدمت الحياة باليونان فظهر فيهم ساء يعرف

(١) كتابنا سالف الذكر ، ص ١٢١ - ١٤٧ .

Del Vecchio ,op. cit., pp. 41 - 43; 45 - 46. — Roubier, op.
cit., No. 11, pp. 92, 93.

بمذهب « الرواقية » (le Stoicisme) الذى كان يرى المثل الاعلى للحكيم فى التحرر من كل المؤثرات الخارجية بما فيها اجبار الدولة ، والخضوع للقانون الطبيعى الذى يحكم العالم كله ويلزم الجميع ، والذى يعطى سلطانه على سلطان القوانين الوضعية التى تضعها الدولة وتطبقها باعتباره قائما على وحدة الطبيعة الانسانية^(١) . ومن هنا نرى النزعة الفردية تطل برأسها من ثنايا هذا المذهب^(٢) .

٥٣ — القانون الطبيعى عند الرومان

وقد انحدر مذهب الرواقية الى الرومان فيما انحدر اليهم من مذاهب اليونان الفلسفية ، فثاثروا بنزعة الفردية كما ثاثروا بفكرته فى وجود قانون طبيعى .

فنجذ « شيشرون » (Ciceron) يعتقد بوجود عدل أعلى من النظم والقوانين الوضعية ، بوجود قانون ثابت خالد موافق للطبيعة وللعقل القويم، ينطبق على الناس كافة ولا يتغير فى الزمان ولا المكان ، هو القانون الحق^(٣) . ونجد عند الفقيه « بول » Paul مثل هذا النظر من وجود قانون ثابت سابق على وجود القوانين الوضعية ، ليس من عمل الانسان لان الطبيعة والعقل هما اللذان يفرضانه .

ويعتقد كذلك الفقيه « جايوس » (Gaius) بوجود قانون مشترك بين جميع الناس لما له من صفة عقلية طبيعية ، فهو اذن قانون عالمى اوماسموه «قانون الشعوب» (Jus gentium) ^(٤) . وينبغى التنبيه الى أن الرومان كانوا يعرفون تحت هذا الاسم كذلك القانون الذى كان ينطبق على علاقات الاجانب

Del Vecchio, op. cit., pp. 50, 51. — Roubier, op. cit., No. 11, (1)
p. 94.

Roubier, op. cit., No. 11, p. 95. (2)

Cicéron, cité par Senn, De la Justice et du Droit, 1927, p. 61, (3)
note « 1 ».

Roubier, op. cit., No. 11, p. 96. (4)

بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الرومان . ولكن هذا القانون لا يعدو أن يكون قانونا وضعيا يختلف عن القانون الطبيعي الذى يصدر عن طبيعة الاشياء ويستخلصه العقل . ولذلك كان « قانون الشعوب » فى المعنى الوضعى يعرف نظام الرق ويقره ، بينما كان ينكره « قانون الشعوب » بمعناه كقانون طبيعى (١) .

٥٤ - القانون الطبيعى عند الكنسيين فى القرون الوسطى

ثم مالبت فكرة القانون الطبيعى أن اصطبغت بصبغة دينية فى العصور الوسطى فتطورت هذه الفكرة فى كنف الكنيسة المسيحية حتى صار القانون الطبيعى هو ذلك القانون الالهى الذى يسمو على القانون الوضعى . وهو — وان كان كما عرفه اليونان والرومان قانونا خالدا ثابتا لا يتغير — ، الا ان الله هو الذى يلهمه باعتبار أن الله هو خالق الطبيعة. وقد ارادت الكنيسة بتحويل فكرة القانون الطبيعى الى فكرة دينية أن تمكن لسلطان البابا على سلطان الملوك ، أى أن تمكن للسلطة الروحية من السلطة الزمنية فتخضع سلطان الدولة لسلطان الكنيسة .

غير أن القانون الطبيعى وان غلبت عليه الصبغة الدينية فى هذه الاونة ، الا أن ذلك لم ينتقص من الصبغة العقلية التى لازمته على عهد اليونان والرومان . فلئن كان القانون الطبيعى عند فقهاء الكنيسة هو ذلك القانون الذى نقشه الله على قلب كل انسان، الا أن الانسان لا يجد هذا القانون أو يدركه إلا بعقله. ومن هنا يفهم منطق فقهاء الكنيسة — وخاصة القديس « توماس الاكوينى » (Saint Thomas d'Aquin) — فى تقسيم القانون الى درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فأعلاها هو « القانون الالهى » أو « القانون الازلى » الذى يحمل مشيئة الله ، وهو مسألة ايمان واعتقاد لا مسألة عقل واستدلال ، فلا

يدركه الا الراسخون في الايمان الذين اضاء الله بصيرتهم بنوره . ومن تحته « القانون الطبيعى » الذى هو منتهى ما يدركه العقل من اصول القانون الالهى . واسفل من ذلك يوجد القانون الوضعى وهو ما يستخرج من قواعد القانون الطبيعى (١) .

واذا خالف القانون الوضعى عن امر قواعد القانون الطبيعى فالطاعة واجبة رغم ذلك للقانون الوضعى ، لان النفع العائد من الطاعة — وهو الاستقرار والامن في المجتمع — اكبر من الضرر الناتج عن العصيان ، وفي ذلك تغليب للصالح العام على الصالح الخاص ، وهو ما يتفق مع اصول القانون الطبيعى . ولكن الطاعة للقانون الوضعى لا تجب ان خالف عن امر القانون الالهى (٢) .

ومن هنا يبدو تطور سياسة الكنيسة . فبعد ان كانت الكنيسة في عهد المسيحية الاول تفصل فصلا تاما بين السلطان الدينى والسلطان المدنى ، وتعتبر عما لكل من السلطانيين من نطاق نفوذ مستقل فى قولتها المشهورة : « اعط ما لقيصر لقيصر وما لله لله » (٣) ، اوضحت فى القرون الوسطى تخضع السلطان المدنى للسلطان الدينى ، فلا طاعة للقانون الوضعى فى معصية القانون الالهى ، وهو ما يختلط معه القانون الطبيعى فى فقه الكنيسة اختلاطا بينا كما رأينا .

٥٥ — الدعوة الى سيادة الدولة المطلقة فى القرن السادس عشر ، وانكار فكرة القانون الطبيعى نتيجة لذلك

غير أن انقضاء العصور الوسطى كان مؤننا بزوال عهد الاقتطاع وبدء

(١) انظر فى ذلك :

Beudant, op. cit., No. 44, p. 72. — Del Vecchio, op. cit., pp. 61, 62. — Du Pasquier, op. cit., No. 223. — Roubier, op. cit., No. 11, p. 99. — Friedmann, p. 28. — Cairns, pp. 175 - 184.

(٢) انظر :

Del Vecchio, op. cit., p. 62. — Roubier. ibid. — Du Pasquier, ibid. — Rommen, op. cit., pp. 76 - 77. — Friedmann, p. 29.

Beudant, op. cit., No. 40. — Del Vecchio, op. cit., p. 57 (٣)
Roubier, op. cit., No. 11, p. 97.

تكون الدول الحديثة فظهر مبدأ سيادة الدولة وهو ما أطاح بسيادة الكنيسة وسلطانها . وغالى بعض الكتاب فى الدعوة الى هذا المبدأ مغالاة لعل مرجعها الرغبة فى التمكين لفكرة الوطنية والاستقلال . وهذه المغالاة تجد صداها فى القرن السادس عشر عند كاتبين شهيرين هما « مكياڤيل » (Machiavel) (١٤٦٩ - ١٥٢٧) و« بودان » (Bodin) (١٥٣٠ - ١٥٩٦) .

«مكياڤيل» فى كتابه «الامير» يضع صاحب السلطان فوق الاخلاق وفوق كل مثل أعلى ، فيخول له التوسل بكل مايؤيد سلطانه سواء عن طريق القوة أو الحيلة أو الخداع ، اذ الغاية — كما يقول — تبرر الوسيلة ، والقوة تكون عادلة ما دامت ضرورية(١) .

و«بودان» يدعو الى سيادة الدولة سيادة مطلقة ، وفى سبيل ذلك يحل صاحب السلطان من الخضوع للقوانين التى يفرضها على رعاياه ، اذ مادام هو مصدر القانون فانه يصير بذلك فوق القانون ، فليس ما يلزمه قانونا قبل الافراد ، وان يكن ملتزما قبلهم بمجرد التزامات أخلاقية ، ومن هنا ليس للافراد الحق فى مطالبته بلحترام هذه الالتزامات(٢) .

وقد كان من أثر هذه المغالاة فى تصور فكرة السيادة توارى فكرة القانون الطبيعى ، وطغيان الدولة على حريات الافراد وحقوقهم فى الداخل ، وتحكم القوة فى تنظيم العلاقات بين الدول ذات السيادة فى الخارج . ومن هنا بدت

(١) انظر فى ذلك قول « مكياڤيل » ان الامر « يجب ان يكون ثعلبا واسدا فى نفس الوقت . لانه ان لم يكن الا اسدا ، فلن يبصر الشراك . وان لم يكن الا ثعلبا ، فلن يحس نفسه من الذئب . فهو بحاجة الى ان يكون ثعلبا لتعرف الشراك ، واسدا لاختاف الذئب » .
راجع فى الاشارة الى ذلك والى غيره من اقوال « مكياڤيل » :

Chevallier, (Jean-Jacques), Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, pp. 27 - 29.

(٢) انظر فى آراء « بودان » :

Chevallier, op. cit., pp. 38 - 51. Roubier, op. cit., No. 12, pp. 100 - 101.
Del Vecchio, op. cit., pp. 72 - 74. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 11.

الحاجة مرة أخرى الى فكرة القانون الطبيعى كوسيلة تنود عن حقوق الافراد وحرياتهم طغيان الدولة ، وتخضع علاقات الدول فيما بينها للعدل لا للقوة .

٥٦ — تبلور فكرة القانون الطبيعى كمذهب على يد جروسىوس

وقد وجدت هذه الفكرة طريقها الى الظهور والتبلور على شكل مذهب واضح المعالم والحدود فى النصف الاول من القرن السابع عشر على يد الفقيه الهولندى « جروسىوس » (Grotius) (١٥٨٣ - ١٦٤٥) ، الذى كان له الفضل فى ابراء القانون الطبيعى مما اسبغته عليه الكنيسة فى القرون الوسطى من صفة دينية ، فحرر القوانين الوضعية بذلك من رجال الدين (١) . ثم اتخذ من هذا القانون الطبيعى وسيلة لتوجيه القوانين الوضعية وجهة العدل ، فحررها بذلك من تحكم الدول وأصحاب السلطان فيها. ثم ذهب الى اقامة العلاقات بين الدول على أساس القانون الطبيعى فى السلم والحرب على السواء ، فأخرج بذلك الى الوجود فكرة القانون الدولى الحام بمعناه الحديث ، وأقامه على أساس متين من وجوب احترام الاتفاقات والمعاهدات الدولية وتنظيم العلاقات بين الدول المتحاربة تنظيما قانونيا .

فالقانون الطبيعى عنده هو قبل كل شيء قواعد عقلية للعدل مستخرجة من طبيعة الاشياء ، هو ذلك القانون الذى يفرضه ويستخلصه العقل القويم من طبيعة الانسان مبينا العدل من الظلم . وهو باعتباره وليد العقل ووليد الطبيعة يكسب منهما صفة الوحدة والثبات والخلود فلا يتغير بتغير المكان ولا بتغير الزمان ، والله نفسه لا يملك بذلك تغييره ، لانه ليس بالذى يغير المعقول أو الطبيعى (٢) . فالقانون الطبيعى اذن انما يحدد بجهد العقل مضمون القاعدة القانونية ، وما وظيفة السلطة العامة فى الجماعة الا اعلان أن هذه القاعدة — التى حدد مضمونها القانون الطبيعى — قاعدة ملزمة مجبرة . ومن

Charmont, op. cit., P. 17. (١)

Beudant, op. cit., No. 60, p. 94. — Du Pasquier, op. cit., No. 228. (٢)

هنا كان وجوب استناد القانون الوضعى الى أساس من مسلمات العقل الموافقة لطبيعة الاشياء (١) .

وما دام أنه يوجد قانون مستخلص من الطبيعة ومن العقل يسبق القوانين الوضعية ويعلو عليها ، فلا محيص من التسليم بأن العقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالانسان تولد معه لان طبيعته تحتملها لتمكينه من القيام بما يشاء من نشاط مشروع ، تلك هى الحقوق الطبيعية او الحقوق الفردية او حقوق الانسان . فهذه الحقوق انز مبدءاً أساسى من مبادئ القانون الطبيعى لاستطيع القوانين الوضعية أن تتجاهله ، بل ان مهمة هذه القوانين هى تأمين التمتع بهذه الحقوق وكتالته لكل من الافراد (٢) . وتلك نزعة فردية واضحة تركز القانون فى الانسان أو فى الفرد ، وتقصر دوره على حماية ما تدعيه له من حقوق طبيعية ثابتة له منذ الازل بمقتضى طبيعته البشرية .

غير أن فكرة القانون الطبيعى وان يكن قد أتيح لها البروز مع الوضوح والاستقلال على يد جرسوس ، الا أن هذا الفقيه رغم ما نادى به من وجود قانون أعلى للعدل يستخلص بجهد العقل فيسمو بذلك على القوانين الوضعية ، لم يستطع أن يتحرر من تأثير عصره فأقر ما كان قائماً حينذاك من نظام الرق وحق الفتح ، بل وبرر ذلك بأن الحرية ، وان تكن فى طليعة حقوق الانسان الطبيعية ، الا أنه يمكن النزول عنها بمقتضى عقد ، كما يمكن فقدانها بالانهزام أو الاسر فى الحرب (٣) ، وذلك تبرير واه يناقض المبدأ الذى وضعه من وجود قانون مستمد من طبيعة البشر يسمو على القانون الوضعى .

٥٧ - رواج مذهب القانون وتطرفه فى القرنين السابع عشر والثامن عشر

ومهما يكن من أمر ، فان فكرة القانون الطبيعى قد أتيح لها فى القرنين

(١) Roubier, op. cit., No. 12, p 104.

(٢) انظر : Roubier, op. cit., No. 60, p. 95. — Beudant, op. cit., pp. 105, 106.

(٣) انظر :

Charmont, op. cit., pp. 18, 19. — Beudant, op. cit., No. 61, pp. 95, 96.

السابع عشر والثامن عشر حظ كبير من الذبوع والانتشار والتحرر من مؤثرات العصر ، فلم يعد انصارها يبررون — كما فعل جرسوس — بعض الانظمة الظالمة في القوانين الوضعية كحق الفتح ونظام الرق ، بل اطردهم منطقهم بضرورة الغاء مثل هذه النظم لمخالفتها للقانون الطبيعى .

غير أن فكرة القانون الطبيعى قد أتيح لها فى هذين القرنين فضلا عن ذلك ، أن تصبح فكرة قانونية ، بعد أن كانت فكرة فلسفية فى العصور الاولى ، وفكرة دينية فى العصور الوسطى (١) . فأصبح ينظر الى هذه الفكرة لا باعتبار أنها تتضمن موجبات كلية مثالية يستخلصها العقل من طبيعة الاشياء ويلتزم المشرع باحترامها فى القوانين الوضعية ، ويلتزم القاضى كذلك باستدائها ان قصرت القوانين وضعية عن البصر بكل ماقد يعرض فى العمل من فروض متباينة ، بل أصبح ينظر اليها باعتبار أنها تتضمن قواعد جزئية تفصيلية تواجه كل ما يعرض فى العمل من حالات وتجد له الحل العادل المعقول (٢) .

فالقانون الطبيعى اذن قد أصبح عند كثير من كتاب القرنين السابع عشر والثامن عشر قانونا أوتشريما نموذجيا كاملا أى يحوى لكل وضع من الاوضاع او نظام من الانظمة القواعد النموذجية التى يجب أن تحكمه ، وبذلك يقتصر عمل المشرع على تحويل هذه القواعد النموذجية الى قواعد وضعية وازالة الفروق بين القوانين الوضعية القائمة وبين القانون الطبيعى أى بين الصورة والاصل (٣) . ومنطق هذا النظر يؤدى الى اعتبار أن القانون الوضعى يتضمن جزءا كبيرا من قواعد القانون الطبيعى هى التى يستميرها منه ويسبغ عليها صفة الوضعية أو صفة الالزام . وبعبارة أخرى يعتبر من القانون الطبيعى كل

(١) Dabin, la philosophie de l'ordre juridique positif, No. 68, (١)
p. 217. — Roubier, op. cit., No. 12, p. 103

Roubier, op. cit., No. 12, p. 104 (٢)

Capitant, op. cit., No. 7, p. 33. — Dabin, op. cit., No. 68, (٣)
pp. 271, 272. — Roubier, op. cit., No. 12, p. 104.

ما يوجد فى القانون الوضعى من قواعد توافق العقل وتقضى بها طبيعة الاشياء ، بل كل ما يوجد فيه من قواعد ترمى الى مثالية القانون الوضعى والسمو بأحكامه .

وظاهر أن فى هذا النظر خلطا بين فكرة القانون الطبيعى فى ذاتها وبين ما يعمد اليه المشرع من فرض حلول لمشاكل الحياة الاجتماعية بالتطبيق لهذه الفكرة او باستيحائها . وكذلك فإن هذا النظر يناقض القول بأن القانون الطبيعى قانون عالمى ، ثابت خالد لا يتغير فى الزمان والمكان ، فإن العقل الانسانى الذى يستخلصه لا يبلغ من القدرة مبلغا يمكنه من وضع مجموعة كاملة من القواعد النموذجية التفصيلية تصلح لمواجهة جميع دقائق الفروض العملية فى كل زمان ومكان ، فهذه الفروض تختلف بحسب الزمان والمكان ، وما يوضع لها من حلول لا يقل عن ذلك اختلافا .

٥٨ — القانون الطبيعى والعقد الاجتماعى

وايا كان الامر ، فإن فكرة القانون الطبيعى قد عاصرتها وزاحمتها طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر فكرة أخرى هى فكرة العقد الاجتماعى (Le contrat social) . ومضمون هذه الفكرة القول بوجود اتفاق تواضع عليه الناس بتركيز السلطة فى يد شخص أو هيئة يكون لها حق الامر دون معقب للخروج بذلك من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم . غير أن هذا العقد الاجتماعى قد اختلف تصور أطرافه ومضمونه لدى الكتاب اختلافا بالغ الاثر فى تحديد مدى سيادة السلطان فى المجتمع .

فالكاتب الانجليزى هوبز (Hobbes) (١٥٨٨ - ١٦٧٩) (١) يرى هذه السيادة مطلقة لا تحدها حدود أو قيود ، اذ أن الامراء نزلوا بمقتضى العقد

(١) راجع فى مذهب « هوبز » خاصة :

Cairns, Legal philosophy from Plato to Hegel, pp. 246 - 271. —
Chevallier op. cit., pp. 52 - 69. — Del Vecchio, op. cit., pp. 83 - 85. —
Beudant, op. cit., No. 66. — René Capitant, Hobbes et l'Etat totalitaire,
Arch. de phil. du droit, 1936, No. 1 - 2 pp. 46 - 75.

الاجتماعى عن كل ماكان لهم من حريات وحقوق فى عهد الفطرة ووضعوها بين يدى السلطان . ذلك أن عهد الفطرة (*L'état de nature*) كان هو عهد الفوضى الذى تحكمه الانانية والغرائز المنطلقة ويسود فيه منطق القوة ، حيث تقود الحرية المطلقة المتروكة للجميع الى حرب مستمرة لاتنقطع بينهم . لذلك لم يكن بد من أن تدفع الناس غريزتهم فى البقاء والدفاع عن النفس ، الى محاولة الخروج من هذا العهد الفطرى التمس الى عهد أفضل نظامى ، عن طريق عقد يتضمن نزول كل فرد عما كان له فى عهد الفطرة من حرية مطلقة دون حدود . وهو نزول لا يتصور الا كاملا وغير مشروط ، والا اتيح للفوضى الفطرية أن تعود من جديد . وهو كذلك نزول لا رجعة فيه ، فلا يستطيع الناس أن يستردوا من السلطان ما اعطوه ، ذلك أنه لم يكن طرفا فى العقد حتى يلتزم بشئ قبل الافراد ، فبقيت له وحده الحرية الفطرية يفعل ما يشاء .

وغنى عن البيان أن هذا النظر يؤدى الى الاستبداد المطلق ، اذ لا يوضع أمام القوانين الوضعية التى يسنها السلطان ويطبقها على الناس حاجزا أو سدا من مثل أعلى للعدل يحول دون اندفاعها فى طريق التحكم والظلم ، أى ينكر بذلك وجود فكرة القانون الطبيعى . فانه ليس بعد العقد الاجتماعى كما لم يكن قبله ، عدل أو ظلم فى ذاته ، اذ يصبح ذلك رهنا بارادة صاحب السلطان . وبذلك تظل الكلمة العليا للقوة فى عهد المجتمع المنظم ، كما كانت كذلك فى عهد الفطرة (١) .

غير أن فكرة العقد الاجتماعى قد أتيح لها عند كاتب آخر هو الكاتب الانجليزى لوك *Locke* (١٦٣٢ — ١٧٠٤) (٢) ، أن تمكن لفكرة القانون الطبيعى وتحارب استبداد السلطان وتحكم القوانين الوضعية . فعهد الفطرة

(١) فى هذا المعنى :

Beudant, op. cit., No. 66, pp. 104, 105.

(٢) راجع فى مذهب « لوك » بصفة خاصة :

Gairns, pp. 335 - 361. — Chevallier op. cit., pp. 85 - 99. — Beudant, op. cit., No. 67. — Del Vecchio, op. cit., pp. 98 - 92.

الاولى عنده عهد يحكه العقل لا الاهواء ولا الاتانية كما يرى « هوبز ». لذلك فان الافراد لا ينزلون في العقد الاجتماعى عن كل ماله من ذلك العهد من حقوق طبيعية ، بل ينزلون منها عن القدر اللازم لكفالة الصالح العام فحسب (١) ، ويظل القدر الباقى من هذه الحقوق الطبيعية قائما فى المجتمع المنظم كقيد يرد على حرية السلطان . والسلطان باعتباره طرفا فى العقد ، انما يلتزم بتسخير سلطته فى تحقيق الصالح العام واحترام الحقوق الطبيعية للافراد ، واخلاله بهذا الالتزام يحل للافراد فسخ العقد والثورة على السلطان . فالقانون الوضعى فى هذا النظر اذن انما يعمل على احترام الحقوق الطبيعية للافراد وكفالة الالتزامات التى تفرضها الطبيعة والعقل .

ثم استخدم روسو (Rousseau) (١٧١٢ — ١٧٧٨) (٢) فى النصف الثانى من القرن الثامن عشر فكرة العقد الاجتماعى أداة لانكار حق الملوك فى السيادة ، وبصفة عامة لانكار حكم الفرد ، وسيلة لحصر السيادة فى الشعب او المجموع .

فالعقد الاجتماعى عنده انتهى عهد الفطرة حيث كان لكل فرد فعل ما يشاء ، وأنشأ عهد المجتمع حيث أصبحت السيادة والسلطان من حق المجموع ككل لا من حق فرد واحد من الافراد على حدة . فالقوانين تستمد شرعيتها اذن وقوتها الملزمة للافراد من كونها ليست الا تعبيراً عن الارادة العامة أى عن ارادة

(١) اذا كان الافراد يعملون على الخروج من عهد الفطرة رغم انه عهد يحكه العقل فيها يرى « لوك » نفا ذلك الا للحمول على ضمان أتوى لحقوقهم وحياتهم ولنفاذى عموما التمسك المحتوم من جانب بعض الافراد فى استعمال ماله من حقوق وحرىات . فان عهد الفطرة يفقد قوانين معلومة قائمة على الرضا العام المشترك ، وقضاة معلومين عدول محايدون يفصلون فى المنازعات طبعا لهذه القوانين ، وسلطة اجبار قادرة على كفالة تنفيذ ما يصدرونه من احكام . ولذلك يفضل الافراد الانتقال من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم حيث تتوفر فيه كل هذه الضمانات .

(انظر : Chevallier, op. cit., p. 91)

(٢) راجع فى مذهب « روسو » بصفة خاصة :

(Chevallier, op. cit., pp. 142 - 173. — Beudant, op. cit., pp. 150 - 168. — Del Vecchio, op. cit., pp. 104 - 108. — Charmont, op. cit., pp. 41 - 46. — Hurbert, Rousseau et l'école positiviste, arch. de phil. du droit, 1932, No. 34, pp. 407 - 427.

المجموع . وهذه الإرادة العامة عنده إرادة مطلقة معصومة ، لأنها — وهى إرادة المجموع — لا يتصور أن تبتغى مصلحة مخالفة لمصالح أفرادها ، كما لا يتصور أن يضر الجسم بعضو من أعضائه (١) .

وتلك نظرة مادية فى تصور القانون ، اذ يصير عدلا ما يريده المجموع أو على الاصح — وهو ما يسمح به العمل — ما تريده الاغلبية فى هذا المجموع (٢) . وبذلك نستطيع أن نسلك روسو — على خلاف الشائع عنه — فى سلك المنكرين لفكرة القانون الطبيعى . فهو لا يعترف بأن القانون الوضعى أو الإرادة العامة تخضع لجملة من موجهات العدل العقلية أو لنماذج من قواعد العدل التفصيلية . بل وأن نسلكه فى سلك المنكرين لفكرة الحقوق الطبيعية ، فرغم تسليمه بأن الافراد لا ينزلون بمقتضى العقد الاجتماعى الا عن القدر اللازم من حقوقهم لحاجة المجموع ، الا أنه يجعل هذا المجموع الذى يسميه الإرادة العامة — والذى يقتصر فى الواقع على الاكثية — هو وحده الحكم المتصرف فى تحديد الحقوق الطبيعية التى يحتفظ بها الافراد ، وله أن يقيد منها ما كما يشاء (٣) . وهو بهذا المنطق ينتهى الى الاستبداد المطلق يحله للشعب أو لاكثية الشعب ، فكانه ما حارب الاستبداد فى ذاته ، ولكنه حاربه باعتباره استبداد فرد لا يستند الى عقد اجتماعى ! .. فان استند الى هذا العقد وكان استبداد مجموع فلا تثريب عليه عنده ! ..

ومهما يكن من أمر ، فالثابت أن فكرة العقد الاجتماعى لم تكن مرادفة دائما لفكرة القانون الطبيعى . فلم تكن تعنى دائما عند كثير من الكتاب حدا من سيادة أصحاب السلطان فى الجماعة ولا قيда يرد على حرية أصحاب صناعة التشريع بالتزام مثل أعلى من العدل أو باحترام حد أدنى من الحقوق الطبيعية

J. - J. Rousseau, Du contrat social, Aubier, éditions Mon- (١)
taigne, Livre I, Chapitre VII, pp. 106 - 108; Livre II, Chapitre III,
p. 145, Chapitre IV, p. 152.

Beudant, op. cit., No. 101, p. 161. : (٢) فى هذا المعنى :

Rousseau, op. cit., Livre II, Chapitre IV, p. 153. (٣)

للأفراد . ولكنها عنت عند الكثيرين — وعلى الأخص عند «روسو» — التمكين لسلطان الشعب أو لسلطان الاكثرية منه دون الاعتراف بسلطان الفرد أو سلطان الملوك ، وبذلك اتخذت لها هدفا سياسيا واضحا هو احلال الحكم الديموقراطى محل الحكم الاوتقراطى . وفى غمرة الحماس لتقويض سلطان الفرد واقامة سلطان الشعب ، ضاعت صيحة العدل — وهو ما قامت عليه فكرة القانون الطبيعى — عند أنصار العقد الاجتماعى ، فأصبحت مشيئة الشعب أو ارادة الاغلبية عندهم هى العدل ، حتى ولو كانت مشيئة ظالمة أو ارادة مستبدة .

غير أن ما لاقته فكرة العقد الاجتماعى على يد «روسو» من نجاح وذوبوع ، لم يقلل من الاعتقاد والايمان بفكرة القانون الطبيعى طوال القرن الثامن عشر ، بل بدت الحاجة أكثر ما تكون ملحة الى هذه الفكرة الاخيرة لتقف كالسد الحاجز أمام ما تضمنر الفكرة الاولى من خطر استبداد الحكام وتحكمهم باسم الشعب واسم العقد الاجتماعى .

٥٩ — انتصار مذهب القانون الطبيعى على يد الثورة الفرنسية

وتحت تأثير هاتين الفكرتين ولدت الثورة الفرنسية فى أواخر القرن الثامن عشر ، فاعتنقت مذهب «روسو» فى حصر السيادة فى الشعب وحده ككل أى من حيث هو يكون كتلة أو وحدة متميزة ذات شخصية منفصلة مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين له . وكذلك حرصت الى جانب ذلك على اعتناق فكرة القانون الطبيعى كموجه ومقيد لسيادة الشعب ، فأعلنت ما سمته بحقوق الانسان الطبيعية التى تلتزم القوانين الوضعية بالاعتراف بها وكفالة احترامها وضمان التمتع بها للأفراد ، بحيث ترد هذه الحقوق — خلافا لمذهب «روسو» — قيда على تحكم تلك القوانين التى تحمل مشيئة الشعب . وبذلك أتبع لمذهب القانون الطبيعى أن يصبح مذهبا رسميا يتضمنه اعلان رسمى هو « اعلان حقوق الانسان والمواطن » ، بعد أن كان مجرد فكرة تجرى بها أقلام الفلاسفة والكتاب .

وقد كان هذا الاعلان ممهدا لصدور سلسلة من اعلانات مماثلة رسمية تضمنتها الدساتير المختلفة مؤكدة بذلك الاعتقاد فى وجود قانون طبيعى خال مشترك يسمى على القانون الوضعى ، ويجعل من حقوق الافراد الطبيعية التزامات وتقيود ترد على سلطان المشرعين .

ولقد تجاوب الفيلسوف كانت (Kant) مع الثورة الفرنسية ومع المعتقدات التى مهدت ووطأت لها ، فنجد عنده التفرقة التقليدية بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى (١) . ومرد فلسفته القانونية أن للانسان قيمة ذاتية مطلقة ، اذ هو غاية فى ذاته وليس وسيلة لتحكم ارادة من الارادات كارادة الدولة او ارادة المشرع (٢) . فالانسان هو الذى يضع قانونه بنفسه أى بعقله ، وهذا العقل بوصفه واحدا عند كل الناس ، أى مشتركا بين افراد النوع الانسانى ، يستخلص قواعد عالمية ثابتة لحكم سلوك الانسان فى المجتمع . هذه القواعد تستمد من الصفة العالمية الثابتة التى تخضعها عليها وحدة العقل الانسانى ، قيمة سامية مطلقة تفرضها على مختلف الارادات ، فتتقيد بها ارادة المشرع فيما يستن من قواعد وضعية . وينتهى « كانت » بهذا المنطق الى اعطاء القانون الطبيعى صفة عقلية بحتة (٣) .

وكذلك يمكن هذا النظر للنزعة الفردية التى أبرزتها الثورة الفرنسية فيما أعلنت من حقوق الانسان ، اذ يركز القانون فى الفرد الانسانى يعمل على كفالة تمتعه بحقوقه الطبيعية وفى طبيعتها الحرية ، وهو أمام حريات الافراد المتعارضة يعمد الى أن يقيم بينها من التوازن ما يمكن كل فرد من استعمال حريته دون أن يطفى بذلك على حريات الآخرين (٤) .

فالاعتقاد انن فى وجود قانون طبيعى يكون بمثابة تقنين نهونجى يحكم القانون الوضعى بما يتضمن من قواعد ثابتة خالدة يستخلصها العقل من

Du Pasquier ,op. cit., No. 236. (١)

Buedant, op. cit., No. 87, p. 138. (٢)

Del Vecchio, op. cit., p. 111. (٣)

Del Vecchio, op. cit., p. 119. (٤)

طبيعة الانسان ، كان هو فى الاعتقاد السائد فى القرن الثامن عشر . ثم اسبغت الثورة الفرنسية صفة رسمية على هذا الاعتقاد باعلائها ما سمته حقوق الانسان ، كما مكنت لما يتضمنه — فى تصور وظيفة القانون — من نزعة فردية .

وفى ظل هذا الاعتقاد — الاعتقاد فى وجود قانون طبيعى يسمو على القوانين الوضعية ، والاعتقاد فى سلطان العقل الذى يستخلصه — شهد مفتتح القرن التاسع عشر واضعى تقنين « نابليون » — وهو التقنين المدنى الفرنسى — يصدر عن مشروع تقنينهم بالنص على أنه « يوجد قانون عالمى ثابت هو مصدر كل القوانين الوضعية ، ليس هو الا العقل الطبيعى من حيث أنه يحكم كل شعوب الارض » . وهذا النص ، وإن لم يتح له أن يظهر فى التقنين اذ حذف عند مناقشة المشروع ، الا ان ذلك لم يكن انكارا لمضمونه — إذ الاعتقاد فى وجود القانون الطبيعى كان يظل حينئذ من النفوس منزلة الايمان — وانما كان تسليما بأن النصوص التشريعية الوضعية ليست محلا لاعلان المبادئ الفلسفية (١) .

٦٠ - مهاجمة مذهب القانون الطبيعى وتراجعها فى القرن التاسع عشر

غير ان مذهب القانون الطبيعى لقى محاربه شديدة طوال القرن التاسع عشر ، شككت فى صحته ، وقللت من أنصاره فى الفقه ، فراجت على حسابه طوال هذا القرن مذاهب واقعية تنكر رد جوهر القانون أو شرعيته الى مثل أعلى . وتركز الهجوم على مذهب القانون الطبيعى فيما يدعيه من صفة خالدة ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان ، وفيما يلزمه من نزعة فردية واضحة .

وقد تكفل المذهب التاريخى — على ما سنبرد البيان — بمحاولة تقويض فكرة الخلود والثبات التى يتميز بها القانون الطبيعى فى منطق أنصاره . فأنكر هذا المذهب أن يكون القانون وليد ارادة من الارادات كارادة المشرع ، أو أن يكون

وليد العقل البشرى مستقل بتكوينه وانشائه ، اذ هو وليد البيئة الاجتماعية وحدها ، والبيئة الاجتماعية متغيرة متطورة في الزمان والمكان . ومن هنا لم يكن من المعقول ولا من المتصور ان يثبت القانون على حال واحدة ، بل هو مختلف دائما بحسب المكان من مجتمع الى آخر اذ تولده ظروف البيئة الخاصة بكل مجتمع ، وهو متطور دائما في الزمان تطورا لا يفتعله الانسان أو يخلقه بعقله أو يدفعه بارادته ، وانما تطوره تطور ذاتي أو تلقائي يتسلسل في حلقة من حلقات التاريخ تسلسلا لا اراديا .

ولسنا نعرض الان لصحة الاساس الذى يقوم عليه المذهب التاريخى، فذلك موضعه عند الكلام فى تفصيل هذا المذهب ، ولكننا نجتزئ بالاشارة الى أن هذا المذهب قد أتيج له من النجاح طوال القرن التاسع عشر — فى ألمانيا حيث ظهر ، وفى فرنسا حيث لم يعدم الانصار — ما أفقد الثقة فى مذهب القانون الطبيعى ، وأوهن من الاعتقاد فى وجود قانون تجتمع له صفة الخلود والثبات على اختلاف الزمان والمجتمعات .

وكذلك فقد هوجمت النزعة الفردية التى لازمت مذهب القانون الطبيعى طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر ، والتى تأكدت رسميا على عهد الثورة الفرنسية ووجدت طريقها الى أكثر نصوص تقنين « نابليون »

فوقف فقهاء كثيرون ضد هذه النزعة المسرفة التى ترى المجتمع مخلوقا لخدمة الفرد ، وليس الفرد هو المخلوق لخدمة المجتمع ، فتركز القانون — استخراجا من ذلك — فى الفرد ، حتى لتقتصر دوره على كفالة حريته وتمكينه من التمتع بما سمي الحقوق الطبيعية للانسان . وأدت مهاجمة النزعة الفردية فى القانون الى مهاجمة فكرة القانون الطبيعى بدورها باعتبار ما رسخ فى الازهان من اقتران بين وجود القانون الطبيعى وبين النزعة الفردية . ولسنا الان فى مجال استقصاء صحة هذا الاقتران ، ولكن يعيننا أن هذا الاقتران كان ماثلا فى كثير من الازهان مما خلق من أعداء النزعة الفردية أعداء الداء لفكرة القانون الطبيعى ، فخرست هذه الفكرة ولم تكسب من وصفها بالدعوة الى نزعة فردية .

٦١ - حركة احياء القانون الطبيعى

غير أن فكرة القانون الطبيعى وإن هجرت أو كادت طوال القرن التاسع عشر ، قد أتيحت لها - فى أواخر هذا القرن ومطلع القرن العشرين - أن تجد من الفقهاء من يلتزم بها البعث والنشور ، ومن يقوم على أحيائها مبراة مما أثار عليها الهجوم ومكن منها الخصوم . وقد توزع أنصار القانون الطبيعى - فى سبيل هذا الأحياء - بين طريقتين : الأولى هو القصد فى خلق صفة الخلود والثبات على القانون الطبيعى ، وهذا هو مذهب الفقيه الألمانى « ستاملر » Stammler فيما سماه بالقانون الطبيعى ذى المضمون المتغير . والثانى هو قصر وظيفة القانون الطبيعى على القيادة الموجهة للمهمة بقلة من مبادئ العدل المثالية ، دون النزول به الى التطبيق العملى وما يفرضه من تنظيم تفصيلى ، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء منذ مطلع القرن الحالى .

(١) القانون الطبيعى ذو المضمون المتغير (١) :

أما القصد فى خلق صفة الخلود والثبات على القانون الطبيعى ، فقد دعا اليه منطق المذهب التاريخى فى تطور القانون ، فكان لا بد من الجمع والملاءمة بين فكرة الخلود والتطور حتى يخلص مذهب القانون الطبيعى من التناقض الذى رماه به مذهب التطور التاريخى . وقد قدر للفقيه الألمانى « ستاملر » أن يقوم بالجمع بين الخلود والتطور فى فكرة القانون الطبيعى ، فيما سماه بالقانون الطبيعى ذى المضمون المتغير (Le droit naturel à contenu variable) واعتنق فكرته بعض الفقهاء الفرنسيين وكان أبرزهم « سالى » (Saleilles)

(١) راجع فى ذلك :

Ginsberg, La philosophie du droit de Rudolf Stammler, Arch. de phil. du droit, 1932. Nos. 3 - 4, pp. 564 - 574. — Gény, Science et technique en droit privé positif, t. II, Nos. 98 - 114. — Charmont, op. cit., pp. 170 - 176. — Del Vecchio, op. cit., pp. 209 - 210. — Rommen, op. cit., pp. 166 - 168. — Roubier, op. cit., No 16, pp. 151, 153. — Friedmann, pp. 87 - 95. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 71. — Saleilles, article précité, pp. 96 - 99.

وجوهر القانون — فى هذا النظر — هو مثل أعلى للعدل ، خالد متغير على السواء : فهو خالد فى فكرته ، متغير فى مضمونه ، أى أن صفة الخلود دائماً تلحق فكرة العدل فى ذاتها ، أما مضمون هذه الفكرة وطريق تحقيقها ، فهـنـ بظروف الحياة فى كل مجتمع وبتصور هذا المجتمع لفكرة العدل • فالذى لا يتغير هو وجود عدل ينبغى تحقيقه • ذلك أن فكرة التمييز بين العدل والظلم وإقامة القواعد القانونية على أساس من العدل ، قد وجدت دائماً فى ضمير الإنسان منذ الازل ، وستظل موجودة فيه الى الابد • أما كيفية التمييز بين العدل والظلم ، واسباغ صفة العدل على بعض النظم أو على سلوك معين ، فامر لا يلحقه خلود أو ثبات ، لانه صادر عن التفاعل الحاصل بين بيئة كل مجتمع والتصور السائد فيه لفكرة العدل . فما يعتبر عدلاً فى جماعة قد يعتبر ظلماً فى جماعة أخرى ، وما كان قانونياً فى جماعة باعتبارها العدل قد يصبح — مع تقدم الزمان — غير مشروع ، اذ تنتهى الجماعة الى تصويره كظلم ينبغى رفعه • وليس يطعن هذا التباين فى وجود فكرة العدل ذاتها ، وخلود هذه الفكرة عند كل الجماعات . فثمة شىء يبقى خالداً دائماً فى ضمير الإنسان — على اختلاف البيئة وتعاقب الزمان — هو حنينه الى العدل ، وتصوره للقانون واحترامه له على أساس أنه إقامة للعدل (١) •

ولكن فكرة القانون الطبيعى ذى المضمون المخير تعرضت للنقد من حيث أنها فكرة متناقضة ، اذ المثل الاعلى بطبيعته ثابت خالد ، وهذه الفكرة تجعل منه مثلاً خاصاً بكل جماعة وفقاً لتصويرها الخاص لفكرة العدل • وهو ما يؤدى الى أن تكون فكرة العدل فكرة شخصية أو وطنية ليس لها كيان ذاتى أو موضوعى يجعل منها حقيقة واحدة على اختلاف المكان والزمان ، فيصبح الامر الواحد عدلاً فى مكان أو عصر معين ، وظلماً فى مكان آخر أو عصر سابق أو لاحق ، وهو ما لا يمكن التسليم به • فلئن كان الرق مشروعاً عند الجماعات الاولى طبقاً لتصورها لفكرة العدل ، الا أن ذلك لا يعنى أنه لذلك كان

نظامها عادلا . فللمعدل حقيقة في ذاته ، وهى لذلك حقيقة واحدة خالدة لا تتغير في زمان او مكان . والرق في حكم هذه الحقيقة نظام ظالم دائما في اى زمان ومكان وجد .

(٢) القانون الطبيعى موجه مثالى للمعدل :

وأما الارتفاع بالقانون الطبيعى الى مجرد القيادة الروحية الموجهة ، فقد دعا اليه ما كان من اسراف أنصار فكرة القانون الطبيعى فى القرن الثامن عشر فى اعتبارهم أن هذه الفكرة انما تعبر عن وجود قانون مثالى نموذجى ، يتضمن قواعد تفصيلية تضع حلولاً عملية لكل ما يعرض من مشاكل الحياة الاجتماعية فى دقائقها وجزئياتها . فمثل هذا الاتجاه لا يحتاج الى تدليل على بطلانه وتناقضه : فالواقع يكذبه ، والمنطق ينقضه ، اذ أن مشاكل الحياة الاجتماعية لا تعرض دائما بنفس الصورة فى كل الجماعات ، حتى يمكن الادعاء بوجود قانون مثالى ، يضع لكل هذه المشاكل قواعد واحدة مشتركة ، تكون ثابتة خالدة لا تتأثر باختلاف الزمان والمكان .

من أجل ذلك اتجهت حركة احياء مذهب القانون الطبيعى فى مطلع القرن الحالى الى العدول عن هذا الشطط المسرف فى تصور فكرة القانون الطبيعى فقتصرتها على بضعة مبادئ مثالية ، ثابتة خالدة ، تمثل الحد الأدنى للمثل الأعلى للمعدل . وبذلك تحدد وظيفة القانون الطبيعى ، فهو لا يضع حلولاً عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، ولكنه يكتفى بالتوجيه الى الحلول العملية التى تضعها القوانين الوضعية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، فهى فى جوهرها موافقة للقانون الطبيعى ، أى ترد فى مجموعها الى المثل الأعلى للمعدل ، ذلك المثل الذى له من وجوده الذاتى ما يجعله خالدا ثابتا ، لا يتغير بتغير الزمان ولا بتغير المكان . فالقوانين الوضعية المختلفة انما تنتهى فى جوهرها الى تلك الاصون العامة للمعدل التى تكون القانون الطبيعى ، كما تنتهى السفن القادمة من مختلف الاتجاهات الى ميناء واحد مسترشدة بها يبعث اليها مناره من أضواء .

ففكرة القانون الطبيعى انتهت انن الى أن تعبر عن الدستور المثالى للمعدل الذى ينبغى أن تقوم على أساسه القوانين الوضعية المختلفة . وهو دستور لا

ينزل الى التفصيل والتفريع ، وانما يقتصر على التوجيه والالهام بما يتضمن من اصول عامة وموجهات مثالية لفكرة العدل (١) ، لا تصلح بذاتها للتطبيق العملى - كمبدأ ايتاء كل ندى حق حقه ، ومبدأ عدم الاضرار بالغير عن خطأ ، ومبدأ عدم الاثراء على حساب الغير دون سبب مشروع — وانما تستلهمها القوانين الوضعية المختلفة فيما تضع من نظام للمجتمع حتى يخرج نظاما عادلا كما يستهدى الملاح بالبوصله فيما يسلك من طريق حتى يقع على الطريق المأمونة الموصلة الى الغاية • فالقانون الطبيعى فى 'معناه الحديث اذن هو عبارة عن تلك الاصول والموجهات العامة للعدل التى تعتبر أساسا ومثلا أعلى للتنظيم القانونى

٦٢ - القانون الطبيعى والقانون الوضعى

يخلص من كل ما تقدم أن فكرة القانون الطبيعى مرت بمراحل متعددة ، فلم يثبت مضمونها على حال واحدة ، ولكنها انتهت الى أن تعبر عن الموجهات المثالية للعدل ، التى لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساسا للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان .

وهذه الفكرة — فى صورتها الاخيرة — تعتبر عن حقيقة ينبغى التسليم بها ، وهى ضرورة وجود موجه للارادة الانسانية ، فتلك الارادة أعجز عن الاكتفاء بنفسها والاستغناء عن موجه مثالى تستهديه وتستلهمه ، يتمثل فى مثل أعلى للعدل • وهو مثل ماونيت الانسانية ولن تننى أبدا عن التطلع اليه والسعى الى تحقيقه •

(١) انظر فى هذا المعنى :

Capitant, op. cit., No. 9. — Colin, Capitant et De la Morandière, op. cit., t. I, No. 3. — De la Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 73. Beudant, op. cit., Nos. 21 - 23. — Roubier, op. cit., No. 16. pp. 150, 151. Le Fur, Les caractères essentiels du Droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1935, No. 3 - 4, pp. 19 - 21.

سليمان مرقس ، المرجع السابق ،قرة ١٦٦ • عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، قرة ٣١ •

والقانون الطبيعى على هذا الوضع — أى باعتباره موجها مثاليا للعدل —
انما يفرض نفسه على ارادة المشرع والدولة • فليست الدولة حرة فى وضع
القواعد القانونية على هواها • وانما هى تلتزم باحترام هذا الوجه المثالى ،
لانها ليست الا خادمة لفكرة العدل • ومن هنا كان المثل الاعلى للعدل هو جوهر
القانون ، والقوة التى تفرض احترامه على الناس • فالقانون الوضعى ينبغى
أن يطاع لا لانه هو القانون الذى وضعته الدولة أو استنتته الجماعة ، ولا لانه
هو القانون الذى ترصد الدولة على كفالة احترامه ما تملك من قوى مادية
باطشة ولكن لانه هو القانون العدل أى الذى يحقق المثل الاعلى للعدل •

غير أن القانون الطبيعى لا تقتصر وظيفته على الهام المشرع أو القانون
الوضعى وتوجيهه عند وضع القواعد القانونية ، وانما تمتد هذه الوظيفة
وتبسط ، اذ يبقى القانون الطبيعى هو الملاذ الذى يلجأ اليه القاضى أن
التمس الحل فى قواعد القانون الوضعى فاعوزه • فهو يوجه القاضى — كما
وجه المشرع أو القانون الوضعى — الى جوهر القانون أى الى العدل الذى
ينبغى أن يسود • وهو بذلك يمنع القاضى — كما منع المشرع أو القانون
الوضعى — من التحكم والقضاء بغير العدل ، فيحفظ على القانون جوهره
باعتباره مقيم العدل •

وقد نبهت تشريعات كثيرة الى ما لفكره القانون الطبيعى من أثر وخطر
باعتبارها تتضمن توجيهها للقاضى الى المثل الاعلى للعدل يستلهمه فيما تقسم
عن تناوله قواعد القانون الوضعى • ومن ذلك نص المادة الاولى (فقرة ثانية)
من التقنين المدنى المصرى الحالى الذى يقضى بانه « اذا لم يوجد نص تشريعى
يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف • فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ
الشريعة الاسلامية • فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد
العدالة » •

وليس هنا مجال تفصيل القول بشأن استلهم القاضى للقانون الطبيعى ،
فذلك أمر يتعلق بتطبيق القانون ، ونحن نبحث الان فى تكوينه • ودور القانون
الطبيعى فى هذا التكوين — كما اوضحنا — هو دور الوجه والملم بما يتضمن

من أصول مثالية للعدل • ولعل التعبير عن هذه الاصول باصطلاح « القانون الطبيعى » كان من العوامل التى ساعدت على مهاجمة الفكرة التى تريد التعبير عنها من وجود مثل أعلى للتنظيم القانونى ينبغى استلهامه فيدخل بذلك فى تكوين القواعد القانونية • ومن هنا قد يكون من الاوضح أن نستبدل باصطلاح « القانون الطبيعى » اصطلاح « المثل الاعلى للعدل » أو « موجبات العدل المثالية » •

وأيا كان الامر ، فالقانون الطبيعى — أى المثل الاعلى للعدل أو موجبات العدل المثالية — يبقى اذن فى منطق هذا المذهب هو أساس القانون الوضعى وجوهره : اذ هو الملهم بقواعده عند تكوينها من ناحية ، وهو المكمل لما قد يظهر — عند التطبيق — من قصورها ونقصها من ناحية أخرى

غير أن الاقتصار على المثل الاعلى للعدل باعتباره العنصر الوحيد المكون لجوهر القانون انما يبصر بشطر من الحقيقة دون الشطر الاخر ، اذ يبقى عنصر آخر هو عنصر الواقع من الحياة الاجتماعية • وقد بصرت بهذا العنصر المدرسة الواقعية ، لكنها اندفعت الى مثل الاسراف الذى اندفعت اليه المدرسة المثالية ولكن فى اتجاه مضاد ، فجعلت منه جوهر القانون على ما سنعرضه الان •

الفصل الثانى

المدرسة الواقعية

L'Ecole réaliste ou positive

٦٢ - تمهيد

سادت المدرسة المثالية حتى أواخر القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر ، فكان الاعتقاد السائد عن جوهر القانون حتى ذلك الحين أنه مثل أعلى للعدل يستخلصه العقل . وهذا المثل الأعلى - فى منطق تلك المدرسة - هو الذى يسبغ على القانون صفة الشرعية التى تخلق طاعته فى النفوس اختيارا بما يحمل من عدل وخير . وهو الذى يحل الالتجاء الى القوة فى سبيل أخذ المخالفين والمناقضين باحترام أحكامه ، اذ العدل دون قوة تسنده عدل أعرج . فلا تثريب على قوة تكفل اقامته واقرارها اذ ترتفع بذلك عن أن تكون قوة عمياء تبطش لتكون قوة بصيرة تعدل . فالمثل الأعلى عند المدرسة المثالية اذن انما يمكن للقانون كسلطان عدل لا كسلطان جبر .

غير ان القرن التاسع عشر شهد مع تقدمه فلسفة جديدة تطلع فتذيع وتنتشر ، تلك هى الفلسفة الواقعية . وهى فلسفة تناقض الفلسفة المثالية من حيث انكارها لما تقوم عليه من تصور فكرى تراه هى ضربا من الحدس والتخمين يتنزه عنه العلم بما ينبغى له من ضبط وثبات ويقين . ولذلك فهى لا تؤمن الا بالواقع المحسوس الملموس الذى تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة ، فكل معرفة عندها لا تقوم على الواقع ولا تؤكداه مشاهدة أو تجربة معرفة حدسية لا يقينية ، وهى بهذا الوصف لا تعد معرفة علمية بالمعنى الصحيح . وقد أريد لهذه الفلسفة الواقعية أن تنتظم الاناق جميعا ، ما يقبل نهجها وما يستعصى عليه على السواء . فنفذت الى القانون تريد أن تخضعه

لنطقها ونهجها ، وتطرح عنه كل تصور فكري لا يقوم على أساس من الواقع المشاهد المجرب .

ولقد استعلنت هذه الفلسفة الواقعية — بماديتها التي تجر إليها القانون — في مذهبين : مذهب نبت في ألمانيا في النصف الأول من القرن التاسع عشر هو المذهب التاريخي ، أو كما يسميه بعض الكتاب مذهب « التطور التاريخي » ، أيضاً لما يقوم عليه من فكرة تطور القانون تطوراً آلياً . ومذهب ظهر في فرنسا وأكثر أنصاره في أواخر القرن الماضي والثالث الأول من هذا القرن ، ثم فترت الحماسة له وضعف سنده في الفقه اليوم ، هو مذهب التضامن الاجتماعي الذي يقيم القاعدة القانونية على أساس واقعي محض هو وجود تضامن بين الأفراد في المجتمع . ونعرض فيما يلي لكل من هذين المذهبين في بحث على حدة ، لنرى حظ المدرسة الواقعية من تحديد جوهر القاعدة القانونية .

المبحث الأول

المذهب التاريخي (١)

L'Ecole Historique

٦٤ — تمهيد

نجد أرهاصات هذا المذهب في فرنسا منذ القرن الثامن عشر عند الفيلسوف « منتسكيو » (Montesquieu) (٢)؛ فقد أظهر أثر البيئة في اختلاف

(١) أهم المراجع :

Beudant, op. cit., pp. 189 - 215. — Capitant, op. cit., Nos. 5, 6. — Charmont, op. cit., pp. 77 - 95. — Del Vecchio, op. cit., pp. 136 - 141. — Du Pasquier, op. cit., No 244. — Rommen, op. cit., pp. 140 - 146. — Rou-bier, op. cit., No. 13, pp. 106 - 114. — Saleilles, article précité. — Fried-mann, pp. 119 - 123.

عبد الرزاق المنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ٢٦ — ٢٨ .
(٢) اذ يقول : « ينبغي أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذي تخلق له ، حتى أنه ليكون محض صمدة أن توافق قوانين أمة أخرى ... فالقوانين ينبغي أن تناسب طبيعة البلاد ... ومركزها واتساعها ، ونوع الحياة التي تحياها الشعوب .. ودين السكان وميولهم وأخلاقهم وعاداتهم » .

Montesquieu, op. cit., Livre I, Chapitre III, pp. 10, 11,

القوانين في كتابه « روح الشرائع » . وكذلك فقد عبر الفقيه بورتاليس (Portalis)، أحد واضعي التقنين المدني الفرنسي في مفتتح القرن التاسع عشر ، عن عقيدة قام عليها المذهب التاريخي فيما بعد ، هي أن القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخل من الإرادة الانسانية ، حيث يقول : «تتكون تقنينات الشعوب مع الزمن فهي — في الحق — لاتصنع» (١) .

ثم خرج من هذه الارهاصات المتناثرة العابرة مذهب محدد الاسس ، واضح المعالم ، هو المعروف باسم المذهب التاريخي . وهو الذي ظهر على يد سافيني (Savigny)، حين قام يحارب فكرة الدعوة التي ظهرت في المانيا عام ١٨١٤ الى تقنين القانون المدني أسوة بما سبقت اليه فرنسا من تقنين في هذا المجال . فناهض — في هذا الصدد — مذهب القانون الطبيعي ومايقوم عليه من مسلمات اولية لا يتوافر عليها دليل من الواقع المادي . واطهر أن العبرة في القانون هي بالقواعد القانونية السائدة التي تسجلها الملاحظة وتعززها التجربة في مجتمع معين . وقد دلت التجربة على أن القانون ليس واحدا ثابتا ، ولكنه متغير في الزمان والمكان ، يخضع في ذلك لعوامل البيئة المختلفة المتعددة ، وهو متطور تطورا موافقا ومسائرا لتطور البيئة نفسها ، مما يستعصى معه تحديده وثبتيته في تقنين تثبيتا يفضى الى جموده وقعوده عن حركة التطور .

٦٥ — تعاليم المذهب التاريخي

القانون — في منطق المذهب التاريخي — ليس من خلق ارادة انسانية بصيرة عاقلة ، ولا هو من وحى مثل أعلى يوجه الى ادراك غاية معينة ، ولكنه من صنع الزمن ونتاج التاريخ ، اذ هو وليد حاجات الجماعة ومايتفاعل في وجدانها من عوامل .

والجماعة ليست بالوحدة الزمانية التي يجدها زمن معين او يمثلها جيل معين ، وانما هي كالسلسلة تتدرج في حلقاتها الاجيال وتتعاقب على مرالزمن

فيرتبط فيها الحاضر بالماضي ، ويمهد الحاضر للمستقبل . ومن هنا لم يكن القانون ثمرة جيل بعينه من أجيال الجماعة ، وإنما هو ثمرة التطور التاريخي لهذه الجماعة ، وامتداد لماضيها وتسلسل لتراثها . فهو يتكون من عمل صامت مستمر جماعي يسائر ركب الجماعة على الزمن ، كما يأخذ عنها طبيعتها وصفاتها الخاصة المتسلسلة منذ الازل (١) .

وعلى هذا النحو يمكن تشبيه قانون أمة معينة بلغتها، فهما — كأي مظهر من مظاهر نشاط الأمة — يخضعان لظاهرة التطور المسائر لتطور الأمة نفسها . فالأمة تخلق قانونها كما تخلق لغتها بنفسها، وتقاليدها — التي هي الميراث من تركة الأجيال المتصلة المتعاقبة — هي التي تسهر على حفظ القانون كما تسهر على حفظ اللغة ، وتشد القانون — كما تشد — اللغة — في تطورها إلى عربة الماضي حتى لا يوجد فراغ أو توقف يهدد سير الأمة نحو التقدم (٢) .

فالقانون عند المذهب التاريخي إذن إنما ينبعث من جهد جماعي مشترك متصل ، تسهم فيه أجيال الأمة المتعاقبة . وهو بذلك يكتسب صفة قومية وطنية خاصة تفرقه عن قوانين الأمم الأخرى ، لأنه إنما يتولد من الضمير الجماعي (La conscience collective) لكل أمة نتيجة ما يتفاعل ويرسب فيه على مر الزمان من حاجات هذه الأمة وطبيعتها ونزعاتها وميولها الخاصة . فهو يخضع في تكوينه ونموه إذن لتلك القوى الصامتة الخفية غير الواعية التي تعمل وتتفاعل في الضمير الجماعي لكل أمة . ويتكون تكويننا ذاتيا آليا لاتفتعله إرادة إنسانية أو تحوله عن طريق الرسوم (٣)

ومن هنا كان العرف — في منطق هذا المذهب — هو الشكل الأكمل والاصدق للقانون ، لأنه تعبير مباشر آلي عن الضمير الجماعي الوطني ، وهو بذلك يفضل التشريع الذي يقتصر على أن يكون مجرد تعبير غير مباشر عن هذا الضمير . فدور الشرع إذن ليس هو خلق القانون — فالقانون يخلق نفسه —

Charmont, op. cit., p. 80. — Roubier op. cit., No. 13, p. 110 (١)

Roubier, op. cit., No. 13, p. 109. (٢)

Capitant, op. cit., No. 6. — Roubier. op. cit., No. 13, p. 110. (٣)

وانما لا يعدو دوره مجرد تسجيل مضمون الضمير الجماعى وتطوره على مر الزمن (١) ، دون أن يمتد اليه بتعديل أو تغيير ومن هنا ، جاء عداء هذا المذهب للتشريع بوجه عام وللتقنين بوجه خاص ، حيث تقوم الخشية من أن يقف التشريع أو التقنين التطور التلقائى والجارى للقانون ، بتثبيت قواعده فى نصوص جامدة (٢)

٦٦ — نقد المذهب التاريخى

تلك نظرة موجزة فى بيان الاسس التى قام عليها المذهب التاريخى والتعاليم التى يدعو اليها . وليس فى الوسع انكار ما كان لهذا المذهب من فضل فى وصل القانون بالبيئة التى يحكمها وبالجماعة التى يتوجه الى تنظيم الامر فيها وصلا غفل عنه مذهب القانون الطبيعى مما ارتفع به عن واقع الحياة وأسبغ عليه صفة تفكيرية عقلية محضة . وبذلك أسهم المذهب التاريخى بنصيب موفور فى بيان الصفة الاجتماعية للقانون مما يفسر خضوعه لظاهرة التطور (٣) ولكن هذا المذهب أسرف فى ربط القانون بالجماعة اسرافا جعل من القانون مجرد نتاج آلى ذاتى يخرج مما سماه بالضمير الجماعى ، أى من تلك القوى غير الواعية المستكنة فى روح الجماعة ، فأغفل بذلك دور الانسان ونشاطه الواعى وقدرته الارادية فى تكوين القانون .

ولئن كان من غير المنكور أثر البيئة وظروف الجماعة فى تكوين القانون ، الا أنه ينبغى عدم الاقتصار على رد جوهر القانون الى ذلك وحده ، اذ من فوق عوامل الواقع الاجتماعى ، يوجد وعى الانسان وعقله ، وهو ما يبصر بالغاية التى يجب على القانون استهدافها استحياء من مثل أعلى يتمثله ويجتهد فى ترسيمه . فالقانون — ليس كاللغة — عملا آليا يولد دون جهد أو توجيه ، بل هو عمل يقوم العقل الانسانى — بما يستخلصه من مثل عليا — على توجيهه وتسييره تسييرا واعيا بما يلائم ظروف البيئة والجماعة .

Saleilles, article précité, p. 83. (١)

Del Vecchio, op. cit., p. 138. (٢)

Capitant, op. cit., No. 6 — Del Vecchio, op. cit., p. 139. (٣)

فمن الخطأ أن ما يندفع اليه هذا المذهب من قصر النظر — في تعريف جوهر القانون — على ناحية دون أخرى ، مما يحصره في نطاق الواقع الاجتماعي المحض الذي يخضع لسنة التطور التاريخي الآلى ، دون بصر بحقيقة دور الإرادة الواعية والعقل الانساني في تكوينه (١) .

وكذلك فإن هذا المذهب باغفاله كل جهد للانسان في تكوين القانون ، وقصره عمل المشرع على مجرد تسجيل ما يتولد من الضمير الجماعي — باعتبار أنه يصدر عن هذا الضمير صدوراً ذاتياً آلياً — يقود الى نوع من الجبرية او القدرية التي تتعد بالهمم عن الاسراع في تطوير القانون ، ودفعه في سبيل التقدم والرقى (٢) . فيمسك الافراد وقوما مكتوفي الايدي انتظاراً للتطور المحتوم — الذي يجود به الزمن في صمت وبطء اذا بلغ الضمير الجماعي الاجل المعلوم ، فاكتملت له محتزمات هذا التطور — لا يملكون له تحويلاً ولا تعجيلاً . فكان القانون يمضى — دون وعى او شعور — الى مستقر له مجهول ، ويندفع معصوب العينين اندفاعاً ذاتياً الى غير غاية او هدف معلوم . وفي ذلك ما فيه من انكار لطبيعة القانون ، واخضاعه لقواعد السببية ، التي تحكم الظواهر الطبيعية . والقانون — كما سبق البيان — ليس من العلوم الطبيعية او التقديرية حتى تصدق في حقه قواعد السببية ولكنه من العلوم أو النظم التقويمية التي تفترض غاية معينة محددة تستهدفها الإرادة الانسانية الواعية ، مما يتيح تقويم سلوك الافراد وفقها والزامهم بالعمل على ادراكها .

وقد أثارت هذه النتائج التي ينتهى اليها المذهب التاريخي الفقيه الالماني هرنج (Jhering) ، ودفعته — وقد كان من أتصار هذا المذهب — الى مهاجمته وتأسيس مذهب جديد عرف باسم مذهب « الكفاح » (Lutte) او الغاية ، (But) .

Capitant, ibid. — Beudant, op. cit., No. 123 — Roubier, op. cit., No. 13, p. 111.

Roubeir, op. cit., No. 13, p. 112. — Del Vecchio, op. cit., p. 139.

وقد احتفظ في مذهبه الجديد هذا بما يعتنقه المذهب التاريخي من خضوع القانون لظاهرة التطور ، ولكنه رد هذا التطور الى الارادة الانسانية العاقلة الواعية . لا الى تلك القوى الخفية اللاشعورية التي تتفاعل في ضمير الجماعة . فالقانون عنده ليس من الظواهر الطبيعية أو المادية حتى يخضع لقانون السببية ولكنه يبتغى غاية معينة يسعى الى تحقيقها . ومن هنا لم يكن تطوره تطورا أعمى يندفع على غير هدى ، ولكنه تطور يندفع عن بصيرة واعية نحو تلك الغاية .

فالقانون إذن هو وسيلة مبصرة لادراك غاية معينة هي حفظ المجتمع ، وهذه الوسيلة تنحكم فيها وفي تكييفها — بما يكفل ادراك هذه الغاية — ارادة الانسان الواعية . والقانون على هذا النحو ليس وليد البيئة الاجتماعية ينشأ ويتطور آليا — كما يدعى المذهب التاريخي — ولكنه وليد الارادة الانسانية يصدر ويتطور عن وعي وادراك (١) .

وما دام القانون لا يتطور آليا ، ولكنه يتطور بفعل الارادة الانسانية ، فتطوره لا يتم غالبا في سر أو لين ، اذ يقوم التنازع بين أصحاب المصالح المتعارضة في بقاء القانون وتطوره ويتوسل كل فريق بالكفاح لترجيح كفته ، فمرتبه تطور القانون اذن بنتيجة الكفاح والصراع . والتاريخ حافل بأمثلة الثورات والكفاح المرير في سبيل تغيير النظم القانونية وتطويرها (٢) .

وأيا كان الرأي في مذهب اهرنج ، واسرافه في تحكيم الارادة الانسانية وحدها في تكوين القانون وتطويره ، وتعليق ذلك على الكفاح الذي ترتبه نتيجته بالقوة لا بالعقل ، فقد كان له فضل التنبيه الى أخطاء المذهب التاريخي في رد نشأة القانون ونموه الى حركة آلية لا شعورية ، وتصور القانون مدفعا في تطوره الى غير غاية معلومة .

Charmont, op. cit., p. 89. — Roublier, op. cit., No. 13, pp. (١)
111, 112.

Jheriug, Lutte pour le droit, cité par Charmont, op. cit. (٢)
p. 86.

غير أن المآخذ على المذهب التاريخي لا تقف عند هذا المدى . فيبقى أنه يدعو الى نوع من الوطنية القانونية ، اذ يرى القانون وليد الروح الشعبى الجماعى بخصائصه القومية والوطنية المتراكمة على مر الزمن فى تاريخ حياة كل أمة (١) . وهو بذلك يغفل حقيقة واقعة . هى أنه رغم اختلاف القوانين باختلاف بيئة وتراث كل أمة وجماعة ، فثمة قدر مشترك من الاسس والاصول العامة بين قوانين الامم والجماعات المختلفة مرده وحدة العقل البشرى وتشابه الطبيعة الانسانية على اختلاف الزمان والمكان ، مما يحتم رد جوهر القانون ، لا الى عوامل البيئة المحلية القومية فحسب ، ولكن كذلك الى نشاط الإرادة الانسانية البصيرة الواعية .

وفضلا عن ذلك فقد نقضت التجربة دعوى طبع القانون بطابع وطنى بحت يربطه بخصائص الأمة وتاريخها . فثمة أم ضربت صفحا عن عوامل بيئتها ، وما ثبت من تقاليدھا وتاريخھا ، ونقلت عن غيرها من الامم المختلفة فى البيئة والتقاليد قوانينھا الخاصة ، فما وقف هذا النقل عقبة فى سبيل نجاح تطبيق تلك القوانين فى غير بيئتها . ولعل خير شاهد على فساد دعوى الوطنية القانونية التوفيق الذى صاحب تطبيق نصوص القانون المدنى السويسرى فى تركيا عقب الثورة الكمالية . والنجاح الذى صادفه فى مصر — منذ الربع الاخير من القرن الماضى — تطبيق التقنيات المختلطة والاهلية المنقولة نقلا يكاد يكون حرفيا عن التقنيات الفرنسية فى غير مسائل الاحوال الشخصية ، رغم انقطاع الصلة فى البيئة والتقاليد والتاريخ بين هذه الدول .

وأما نظرة المذهب التاريخى الى العرف باعتباره الشكل الامثل الذى يصدر به القانون ، فمجازاة منه لمنطقه فى نشوء القانون وتولده من الضمير الجماعى اللاشعورى ، وهو ما سبق تفنيده . هذا فضلا عن أن تلك النظرة الى العرف — أن صحت فى عصور الانسانية الاولى حيث يكاد يتكون القانون تكوينا آليا — فهى لا تصدق اليوم فى شأن المجتمعات الحديثة التى قطعت من الحضارة

شوطا غير يسير ، حتى تعددت فيها الحاجات وتعارضت المصالح ، مما حتم تدخل الإرادة الواعية العاقلة — بنصيب موفور — فى تسيير القانون ، وتخبر أصلح الوسائل وأقربها الى تحقيق الغاية منه ، حتى غدا التشريع اليوم — فى أغلب الدول — هو الشكل الأهم والأمثل للتعبير عن القواعد القانونية ، لا كمجرد آلة عمياء لتسجيل تكون القانون وتطوره الألى ، ولكن كإرادة بصرية قادرة موجهة ، تهيمن على مصائر القانون فى حدود غايته المرسومة ، وتدفعه خطوات الى الامام فى سبيل التطور والتقدم (١) .

وأيا ما كان الامر ، فقد أتيح للمذهب التاريخى الذبوع والانتشار فى القرن التاسع عشر ، ثم توالى عليه الهجمات منذ مهاجمة « اهرنج » له ، حتى غدا اليوم فى الفقه مزعزع البنيان قليل الانصار ، وان بقيت من تعاليمه حقيقة ارتباط القانون بالبيئة التى ينشأ فيها ، ولكن كعنصر من العناصر المكونة لجوهر القانون ، لا كعنصره الوحيد .

المبحث الثانى

مذهب التضامن الاجتماعى (٢)

Le Doctrine de la Solidarité Sociale

٦٧ — تمهيد

قلنا ان القرن التاسع عشر شهد مطلع فلسفة جديدة هى الفلسفة الواقعية ، حاولت أن تنفذ الى كل الافاق ، فتخضع لنهجها كل معرفة انسانية ، دون تفرقة بين ما تتناوله من ظواهر ، طبيعية كانت أو ارادية .

Roubier, *ibid.* — Del Vecchio, *op. cit.*, pp. 139, 140. (١)

(٢) أهم المراجع :

Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3e éd., 1927., *Leçons de droit public général*, 1926. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, No. 31, 33 - 38. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, Nos. 115 - 133; t. IV, pp. 159 - 213. — Le Fur, *Le fondement du droit dans la doctrine de L. Duguit*, *Arch. de phil. du droit*, 1932, Nos. 1-2, pp. 175-212. — Kira (H.), *La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien*, thèse, Paris, 1952, notamment, pp. 14 - 36. Réglaude, *Théorie général du droit dans l'œuvre de L. Duguit*, *Arch. de phil. du droit*, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 21 - 67.

وقد وجدت هذه الفلسفة صدى لها عند فقيه من أكبر قهفاء فرنسا هو « ديجى » (Duguit) ، فنزلت من نفسه منزلة العقيدة والإيمان واعتنق منهاجها العلمى الواقعى الذى يقوم على المشاهدة والتجربة ، واعتبره الطريقة الوحيدة للمعرفة الصحيحة . ناجتهد فى اخضاع القانون لهذا المنهاج الواقعى ، وتخليصه مما يهيمن عليه من مسلمات أولية لا يقوم عليها دليل مادى محسوس . وأسس — فى سبيل ذلك — مذهب « التضامن الاجتماعى »

٦٨ - أسس مذهب التضامن الاجتماعى

لم يفتر « ديجى » — فى كل آثاره ومؤلفاته — عن اللاحاح فى بيان منهاجه فى البحث ، ووصفه بأنه منهاج واقعى بحث ، وفى أن هذا المنهاج هو الكنيل ووحده بتشبيد نظرية علمية للقانون ، يختفى فيها التسليم ابتداء بأصول ومبادئ أولية تفرض فرضا أو يستخلصها جهد العقل ، دون أن يقوم عليها دليل من الواقع المشاهد المحسوس . فذلك عنده ضرب من الخيال والاهام وتجاوز لدائرة الواقع المعلوم حيث يسهل التثبت واليقين ، الى دائرة المجهول مما يجاوز الطبيعة والمحسوس (La Méthaphysique) حيث يستعصى الحكم الا بالفروض والظنون ، وهو ما يتنزّه عنه العلم الذى يستلزم الاحكام والضبط والتحديد . فالمعرفة العلمية الصحيحة التى ينبغى أن تتوافر للقانون — توافرها لغيره من العلوم — تحتم عنده اذن عدم الاعتداد والتسليم فيه الا بما تسجله « المشاهدة » (L'observation) وتؤيده « التجربة » (L'expérience) (١) .

ولم يكن ثمة مناص من أن يتأدى اتباع هذا النهج الواقعى للبحث بديجى الى احداث انقلاب شامل فى تصور القانون ، فينكر كثيرا من الاسس التى يقوم عليها القانون ، كفكرة الحق ، وفكرة الشخصية القانونية بما فيها شخصية الدولة ، وفكرة السيادة ، وفكرة الاصول أو الموجهات المثالية المهيمنة على

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, pp. XV - XVIII ; (1)
Leçons de droit public général, pp. 34 - 36.

وضع القواعد القانونية . وليس يعنينا فى هذا المجال أن نعرض — من ذلك كله — الا لانتكار الفكرة الاخيرة ، فهذا الانتكار هو الذى حدا بديجى الى اقامة القاعدة القانونية على أساس من الواقع التجريبي ، هو ظاهرة التضامن الاجتماعى .

يبدأ « ديجى » بتسجيل الحقائق الواقعية التى تقطع المشاهدة والتجربة بصحتها . واول هذه الحقائق عنده ان الانسان كائن اجتماعى ، لا يملك أن يعيش الا فى المجتمع ، فلقد عاش فيه دائما ، وسيعيش فيه أبدا (١). وثانى هذه الحقائق أن الافراد فى المجتمع تربطهم رابطة تضامن (solidarité) : ذلك أن لهم حاجات مشتركة لا يمكنهم تحقيقها الا بالحياة المشتركة ، فهم مرتبطون اذن بنوع من التضامن ، هو « التضامن بالاشتراك او التشابه » فى نفس الحاجات (solidarité par similitude) . وكذلك فمقدرتهم وكفايتهم مختلفة ، مما يرغمهم على تبادل الخدمات فى نوع من « التضامن بتقسيم العمل » (solidarité par division du travail) (٢).

فالانسان لا يعيش اذن الا فى مجتمع ، والمجتمع يرتبط افرادة برابطة التضامن لانهم لا يستطيعون أن يعيشوا فيه بغير تضامن ، والتضامن لابد لتحقيقه من قواعد تنظم سلوك الافراد وفقه .

من كل هذه الحقائق الواقعية المتسلسلة تولد فكرة الاصل أو الحد الاجتماعى. (norme sociale) ، الذى يوجب الامتناع عما يخل أو يضر بالتضامن الاجتماعى ، كما يوجب العمل على تحقيق هذا التضامن وتنميته . والاصل الاجتماعى قد يكون مجرد أصل اقتصادى (norme économique) حينما يحكم نشاط الافراد المتصل بالتداول واستهلاك الثروات ، ولا يترتب على مخالفته من جزاء الا خسارة محققه فى الثروة . وقد يكون أصلا أخلاقيا (norme morale) ، يضع قواعد للاداب

Duguit, op. cit., t. I, No. 5, pp. 65, 66. (١)

Duguit, op. cit., t. I, No. 7, pp. 85 - 96. (٢)

والتصرف في الحياة الاجتماعية ، ينبغي التزامها اذا اريد عدم التعرض لاستنكار الناس (١)

وقد يرتفع الاصل الاقتصادي أو الاصل الاخلاقي الى مرتبة الاصل القانوني (norme juridique) ، فيتخذ الجزاء على مخالفته صورة الاجبار الاجتماعي عن طريق استخدام القوى المنظمة التي تحتكرها الحكومات اليوم في الدول الحديثة باعتبارها سلطة الاجبار في الجماعة .

ولكن متى يرتفع الاصل الاقتصادي أو الاخلاقي الى مرتبة الاصل القانوني الذي تكفل احترامه قوة الاجبار الاجتماعي ؟ لا يسلم « ديجي » بأن الاصل يصبح قانونيا لجرد ترتب اجبار اجتماعي على مخالفته ، والا انتهى الامر الى ان تكون الدولة - وهي التي تحتكر سلطة الاجبار في الجماعة - هي التي تخلق القانون ، مما يجعل القوة هي أساس القانون ، وهو ما لا يمكن قبوله . ولكنه يرى أن الاصل يصبح قانونيا عندما تدرك كتلة الافراد المكونين للجماعة أن احترامه ضروري لحفظ التضامن الاجتماعي ، وأن كفالة هذا الاحترام تقتضي استخدام قوة الاجبار الاجتماعي (٢) . أي أن معيار الاصل القانوني أو أساس القاعدة القانونية كان عند « ديجي » هو شعور جمهور الافراد بالتضامن الاجتماعي ، وباختلاله أن لم تقف على كفاله قوة الجماعة المادية المنظمة .

ثم بدا لديجي في أواخر أيامه - ازاء ظهور عدم كفاية شعور التضامن كأساس للقاعدة القانونية - أن يعززه بأساس ثان هو شعور العدل . وهو يحرص على التنبيه الى أنه لا يقصد بهذا الشعور الاخير التعبير عن مبدأ أو مثل أعلى للعدل أو عن فكرة العدل في ذاتها - فذلك ضرب من المسلمات الأولية التي يطرحها - وانما يقصد به ذلك الشعور المبهم - في قليل أو كثير - لدى جمهرة الافراد في المجتمع بما هو عدل وبما ليس بعدل (٣) .

Duguit, op. cit., t. No. 8, pp. 89 - 91. (١)

Duguit, op. cit., t. I, No. 8, pp. 93 - 94. (٢)

Duguit, op. cit., t. I, No. 11, pp. 119. (٣)

فانه ان يكن لدى الفرد شعور بالتضامن مع غيره من الافراد ، فذلك لانه كائن اجتماعى . ولكنه فى ذات الوقت كائن فردى ، عنده شعور أنانى اى شعور بنفسه وبأنه له قدر من التفرد والاستقلال ، وذلك يوجد عنده شعور العدل ، وهو شعور خاص بالطبيعة الانسانية لافكرة عقلية مطلقة يستخلصها العقل ، ذلك أن شعور كل فرد بكيانه المستقل عن سائر الافراد وبحقوقه التى يختص بها وحده دونهم ، يلزم كلا منهم باحترام كيان الاخرين وحقوقهم الخاصة وعدم الاعتداء عليها (١) .

فنشاط الانسان اذن محكوم دائما بشعوره المزدوج بصفته الاجتماعية التى تولد عنده شعور التضامن ، وبصفته الفردية التى تولد عنده شعور العدل . ومن هنا ، كان أساس القاعدة القانونية — فيما ينتهى اليه « ديجى » — أساسا مزدوجا يقوم على عنصرين : الاول هو « شعور الاجتماعية أو شعور التضامن » (Sentiment de la socialité de la solidarité) ، والثانى هو « شعور العدل » (Sentiment de la justice) (٢) . وبذلك يتوافر للقاعدة القانونية الاساس الواقعى المستمد من المشاهدة والتجربة ، بدلا من الاساس التقليدى الذى يقوم على مجرد التصور والتفكير فيفرض بضعة من المبادئ أو المثل العليا كمسلمات أولية .

فالقاعدة القانونية اذن عند « ديجى » ليست هى تلك القاعدة التى توضع بالتطبيق لاصل أو مثل أعلى ، كما يدعى مذهب القانون الطبيعى ، ولا تلك القاعدة التى يقوم على كفالة احترامها اجبار الدولة فعلا ، كما تدعى المذاهب التى تعقد القانون بمشيئة الدولة ، ولكنها هى تلك القاعدة التى يشعرجهوا الافراد المكونين للجماعة أنها ضرورية ولازمة لصيانة التضامن الاجتماعى ، وان من العدل تسخير قوة الاجبار فى الجماعة لكفالة احترامها (٣) .

Duguit, op. cit., t. I, No. 11, pp. 120, 121. (١)

Duguit, op. cit., No. 11, pp. 124, 125. (٢)

Duguit, op. cit., No. 12, pp. 127, 128. (٣)

٦٩ - نقد مذهب التضامن الاجتماعي

أول وأهم ما يرد من نقد على مذهب « ديجي » هو منهجه الواقعي التجريبي الذي يريد أن يخضع له القانون . فإن مثل هذا المنهج ، ان كان يصدق في شأن الظواهر الطبيعية التي تخضع لناموس « السببية » (La causalite) حيث لا يتصور تخلف النتيجة ان وجد السبب ، فهو لا يصدق في شأن الظواهر الارادية التي تخضع لناموس « الغاية » (La finalite) حيث يتصور تخلف الارادة عن تحقيق الغاية المرسومة .

ذلك أن الظواهر الطبيعية مسيرة لا مخيرة تتحقق آليا اذا توافرت أسبابها ، أما الظواهر الارادية فلا يوجد في شأنها الا واجب تحقيق غاية معينة ، فتملك الارادة طاعته كما تملك عصيانه على السواء ، فالقانون - وهو يحكم الظواهر الارادية - لا يملك اخضاع الفرد قسرا لفعل معين كما يملك اخضاعه لذلك قانون الجاذبية مثلا ، اذ ليس هو بقانون وجوده وانما هو قانون واجبه فحسب . والوجود ان كان يدرك بالمشاهدة والتجربة ، فلا كذلك الواجب . اذ الواجب مفروض لادراك غاية مرسومة ، والغاية انما يتصورها ويستخلصها العقل خارج دائرة المشاهدة والتجربة ، ويفرضها - كمثل أعلى - فرضا مسلما لا يقبل النقاش .

ومن هنا ، فالقانون - وهو يفرض واجبا بتحقيق غاية معينة - انما يقوم سلوك الافراد الحاصل في العمل تقويما يوافق تلك الغاية . فهو لا يقتنع اذن باصدار احكام تقريرية (jugements de réalité ou d'existence) تسجل الواقع الذي شهدت به التجربة ، شأن العلوم الطبيعية ، ولكنه يجاوز ذلك الى اصدار احكام تقويمية jugements de valeur في شأن الواقع ، أي يعطى للواقع قيمة معينة بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل (١) . فالقانون لا يقرر اذن ما هو كائن . وانما يقوم ما هو كائن تقويما يقرر به ما ينبغي أن يكون ، أي ينتقل من الواقع

(١) راجع في التفرقة بين الظواهر الطبيعية والظواهر الارادية ، وفي التفرقة بين الاحكام التقريرية والاحكام التقويمية :

Baudin, Introduction générale à la philosophie, 1927, pp. 160, 161.
Bonnard, L'origine de la l'ordonnement juridique, Mélanges Hauriou, =

الى الواجب ، فيجاوز بذلك دائرة المشاهدة والتجربة الى دائرة العقل والتفكير حيث يمكن التقدير والتقويم .

كل ذلك يفصح عن أن الواجب لا يمكن أن يخرج من الواقع ، أى أن القانون لا يمكن أن يخرج من المشاهدة والتجربة ، وانما هو أساسا عمل تقويى يقوم به العقل فيما وراء المحسوس . فإخضاع القانون للمنهاج الواقعى التجريبي انن — كما يفعل « ديجى » — انما هو اغفال لطبيعة القانون وانكار لوظيفته مما ينتهى به الى أن يستمد شرعيته فى النفوس من مجرد وجوده ، لا من افتراض وجوبه . وهذا ما ينزلق اليه « ديجى » فعلا حين يصف القاعدة القانونية بأنها مجرد قاعدة واقع ، تفرض على الافراد بقوة الواقع لا بمقتضى مبدأ أو مثل أعلى أيا كان ، فهى عنده لا تقول للفرد : « افعل هذا ، لان هذا خير أو نافع أو تتوقف عليه سعادتك » بل تقول له افعل هذا لان هذا كائن ٠٠٠ ، (١) . فماذا يبقى للقانون من قيمة اذن ان كان يفرض بقوة الواقع لا بقوة الواجب ؟ (٢)

ويبقى بعد ذلك أن نسجل على « ديجى » أنه كثيرا ما ينزلق الى مجاوزة حدود الواقع التجريبي الى ما وراء المحسوس ، فيناقض نفسه ومنهاجه العلمى الذى يلتزم به (٣) . فهو يقيم القاعدة القانونية على أساس شعور التضامن بين الافراد فى المجتمع باعتبار أن هذا الشعور واقع مثبت منه بالمشاهدة والتجربة . ولكن ليس هذا بالواقع الوحيد الذى يمكن اثباته علميا ، فثم واقع تجريبي آخر هو التنافس والتنازع بين الافراد فى المجتمع . فكيف

= pp. 61-64. R. Capitant, thèse précitée, pp. 1 et s.; note «1» pp. 80, 91. Génv, op.cit., t. I, Nos. 22, 30, 60. Lalande, Lectures sur la philosophie des sciences, Nos 94 et s. Réglade, Essai sur le fondement du droit, Arch. de phil. du droit, 1933, Nos. 3 - 4, pp. 165 et s. — Roublier, op. cit., No. 14, pp. 126 et s. — Notre thèse précitée, pp. 19 - 22.

Duguit, l'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 16. (١)

Notre thèse précitée, p. 34. (٢)

راجع فى ذلك :

Génv, op. cit., t. II, No. 133, p. 264 et s. — Cuhe, Conférences de philosophie du droit, 1928, 2e conf., pp. 52 - 58.

تخير « ديجى » شعور التضامن دون شعور التنازع بين الافراد وجعله أساسا للقاعدة القانونية ، الا أن يكون قد عمد الى تقويم كل من الشعورين بالقياس على مبدأ أو مثل أعلى يفرضه العقل ، فيكون بذلك قد ارتفع من التقرير الى التقويم . فخرج من المحسوس الى ما وراء المحسوس ، وجاوز نطاق العلم الى نطاق الفكر (٤) .

هذا فضلا عن أن التضامن فيه الصالح والطالح ، ولا يمكن أن يكون المقصود هو جعل أساس القاعدة القانونية التضامن أيا كان أو التضامن الطالح ، وانما الذى لا شك فيه أن « ديجى » قد قصد التضامن فى الخير والعدل كأساس للقانون ، فيكون بذلك قد أصدر حكما تقويميا على التضامن دون اكتفاء بمجرد التقرير فى شأنه ، وهو ما يخرج به عن دائرة الواقع المحسوس الذى يلزمه . فالتضامن إذن — كحقيقة واقعية تجريبية — لا يصلح أساسا للقاعدة القانونية الا باعطاء قيمة معينة بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل ، مما يثبت استحالة اتخاذ الواقع أساسا للقانون .

ولعل وضوح هذه الحقيقة هو الذى حمل « ديجى » فى أواخر أيامه على أن يعزز شعور التضامن بشعور العدل كأساس للقانون . وقد كان ذلك خليقا أن يتيح له الأساس السليم لمذهبه ، لولا أنه قنع من العدل بالشعور الذى يتمثله له جمهور الافراد ، فلم يرتفع الى فكرة العدل فى ذاته كفكرة مثالية مجردة. ولا يحتاج مثل هذا النظر الى التدليل على ما يجر اليه من خطر تحكم الاهواء والعقائد والنزعات ، اذ يجعل من العدل مجرد شعور شخصى صادر من جمهور الناس ، لا حقيقة ثابتة موضوعية يستخلصها العقل ويفرضها على الناس . وليس يدرك القانون غايته ، نيامن الفوضى والتحكم ، الا اذا استوى على الحقائق الموضوعية دون النزعات الشخصية .

ومن هنا ، ينبغى — فى تأصيل القانون — الاستناد الى حقيقة العدل كما يفرضه العقل ، لا الى واقع ما يتمثله جمهور الافراد فى جماعة من الجماعات

(١) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى وحضرت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥ .

للعدل ، فالافراد هم الذين يخضعون للعدل وليس العدل هو الذى يخضع للافراد حتى يرتثن بادراكهم أو اعتقادهم . والقول بغير ذلك - كما يذهب « ديجى » - يحتم اعتبار نظم كالرق والتفرقة العنصرية - التى وجدت فى الجماعات القديمة ، والتى ما زالت موجودة عند بعض الجماعات الحديثة - نظما عادلة ، مجرد شعور الافراد فى هذه الجماعات واعتقادهم أنها كذلك ، وهو ما لا يمكن التسليم به (١) .

وببقى بعد ذلك أن مذهب « ديجى » يحتم منطقته جعل القاعدة القانونية رهنا بشعور وارادة اغلبية الافراد . وهو ، وان كان يتحرز من التصريح بذلك ، اذ يتكلم حيناً عن « الاجماع » (Unanimité) ، وحيناً آخر عن « شبه الاجماع » (Quasi-Unanimité) (٢) ، وغالبا عن « جمهور الافراد » (La masse des individus) (٣) ، الا أن ظروف العمل لا تسمح بتوافر اجماع الافراد فى الجماعة على شعور معين بشأن التضامن أو العدل ، ولا بما يقرب من الاجماع على ذلك . فلا ينبغي اذن الا أن يكون المقصود هو كثرة الافراد أو غالبيتهم ، وهو ما قد يفصح عنه اصطلاح « جمهور الافراد » الذى يكثر « ديجى » من ترديده . فكان القاعدة القانونية فى مذهب « ديجى » تنتهى الى أن تكون هى تلك القاعدة التى يجتمع شعور أغلبية الجماعة على أن التضامن الاجتماعى يختل اذا لم يكفل احترامها ، وعلى أن من العدل كفالة هذا الاحترام بقوة الاجبار الجماعى .

وتعليق الامر بأغلبية عددية لا يمكن التسليم به فى شأن القاعدة القانونية ، فلا عبرة فى مجال الحقائق بقلّة العدد أو وفرته . فالحقيقة توجد فى نفسها وجودا مستقلا عن وجودها فى شعور الناس ومعتقداتهم ، بحيث لا ينتقص منها أو ينقضها أنه لا يعتنقها الا قلة من الافراد ، أو حتى أنه لا يعتنقها أحد من

Notre thèse précitée, p. 31. (١)

Duguit, op. cit., t. I, No. 11, p. 124. (٢)

Duguit, op. cit., t. I. No. 6, p. 81; No. 8, p. 94; No. 12, p. 127; No. 13, p. 144. (٣)

الافراد • فرغبة أغلبية الافراد فى جماعة من الجماعات مثلا فى اباحة تعاطى المخدرات ، لا تثبت بحال من الاحوال فضل الاباحة على التحريم فى هذا الشأن . وفى العصور القديمة كان الاجماع او شبه الاجماع منعقدا على تأييد نظام الرق ، وليس ذلك وحده بكاف لتبرير شرعية هذا النظام .

والمهم أن تعليق القاعدة القانونية بارادة الاغلبية — كما ينتهى الى ذلك فعلا مذهب « ديجى » — فيه مناقضة للغاية التى كان يسعى اليها « سيجى » من التفرقة بين « القانون الحقيقى أو الموضوعى » (Le droit objectif) وبين « القانون الوضعى أو المطبق » (Le droit positif) ، أى بين القانون فى ذاته وجوهره ، وبينه فى تطبيقه وايجابيته • اذ ينتهى الامر عملا الى أن يكون القانون الحقيقى أو الموضوعى هو نفسه القانون الوضعى ما دام أنه مرتين بارادة الاغلبية ، وارادة الاغلبية — فى الدول التى تسود فيها الديمقراطية اليوم — هى التى تصنع أكثر قواعد القانون الوضعى ، فتصبح القاعدة القانونية بذلك هى القاعدة المطبقة فى العمل • وتلك نتيجة تقربس النتائج التى ينتهى اليها مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة ، ذلك المذهب الذى حاربه « ديجى » نفسه وعارضه بمذهبه فى وجود قانون أعلى مستقل عن القانون الوضعى ، وهو القانون الحقيقى الذى يتكون فى شعور الافراد •

وأيا ما كان الامر ، فلم يتح لمذهب « ديجى » أن يجمع حوله جانبا كبيرا من الفقه . فظل الفقه فى كثرته الغالبة منكرا له مبصرا بخطأ ما يدعو اليه من تلمس أساس واقعى للقاعدة القانونية ، مما حمل أنصاره — بعد موت صاحبه — على العدول عن كثير من أسسه ونتائجه • ولكن أيا كانت أخطاء هذا المذهب ، فيبقى أن له فضلا غير منكور فى زعزعة الاعتقاد الذى كان سائدا بأن القانون هو مجرد عمل عقلى بحت ، بما سلط من أضواء على الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية وأثرها فى تكوين القانون • فلا يتصور — فى تأسيس القانون وتأصيله — اغفال هذه الحقائق ، وأن يكن من الاسراف تضخيم أثرها تضخيما يحجب غيرها من العوامل والحقائق التى يسلم بها العقل كما

فعل « ديجى » •

الفصل الثالث

الجمع بين فقه المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية

٧٠ - ضرورة الجمع بين المدرستين

يخلص من كل ما تقدم أن الغلو والاسراف فى تصور جوهر القانون هما طابع فقه كل من المدرستين المتعارضتين: المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية. ومرد هذا الغلو والاسراف قصر كل مدرسة النظر الى ناحية دون أخرى فى حين أنه ينبغى - فى تصور جوهر القانون - النظر الى الناحيتين جميعا دون الاقتصار على ناحية دون أخرى . فمن وجه ، اذا كان للانسان وجود محسوس ككائن مادى مما يتيح اخضاع نشاطه لمنهج علمى واقعى تجريبى ، فينبغى عدم اغفال وجوده غير المحسوس ككائن روحى يستمضى على المنهج التجريبى ولا يخضع الا لما يمليه العقل - فيما وراء دائرة المشاهدة والحس - من غاية ومثل عليا . ومن وجه آخر ، فالقاعدة القانونية التى تحكم سلوك الانسان فى المجتمع ، هى قبل كل شئ قاعدة تقويمية : لا تقنع بتقرير الواقع من الحياة الاجتماعية عن طريق المشاهدة والتجربة ، بل تتجاوز ذلك الى فرض واجب معين عن طريق تقويم هذا الواقع بالقياس على ما يفرضه العقل من مثل أعلى . فالواقع وحده قاصر عن تكوين القاعدة القانونية أو تأسيسها لان المشاهدة - ان كانت تملك تسجيل الواقع - فهى تعجز عن تقويمه ، اذ التقويم يستقل به العقل فيما وراء المحسوس .

ولذلك فتكوين القاعدة القانونية ، انما يقوم على معرفة الواقع والبصر بمقتضياته وحاجاته بصرا صحيحا عن طريق المشاهدة والتجربة ، وعلى فرض الواجب فى شأن هذا الواقع وفق ما يمليه العقل من غاية أو مثل أعلى ، فهو

عمل علمى وعقلى فى آن واحد . وقد غدت كثرة الفقهاء الغالبة اليوم تؤيد هذا التحليل لتكوين جوهر القاعدة القانونية ، فتجتمع بذلك بين فقه المدرسة المثالية وغقه المدرسة الواقعية . ولقد بدأ السير فى هذا الطريق وأرسى أسسه الفقيه الفرنسى العظيم « جينى » (Gény) . ثم تبعه الفقه الحديث — مع خلاف يسير فى التفصيل أو التقسيم — فرد جوهر القاعدة القانونية الى عنصر واقعى وعنصر مثالى .

ولذلك نقسم الكلام فى هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الاول — فى العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند «جينى» .

المبحث الثانى — فى عنصر الواقع وعنصر المثال فى تكوين جوهر القاعدة القانونية .

المبحث الاول

العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جينى »

٧١ — تمهيد

يرجع الى الفقيه الفرنسى العظيم «جينى» Gény أكبر الفضل فى التفرقة — بصدد تكوين القاعدة القانونية — بين الجوهر والشكل ، فى مؤلفه القيم عن « العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعى » (science et technique en droit privé positif) ، هو ما يستخلص من حقائق الحياة الاجتماعية طبقا لمثل أعلى معين ، والشكل أو البناء (construit) ، هو الصورة أو الهيئة التى تعطى لهذا الجوهر حتى يصبح صالحا للتطبيق فى نطاق العمل . وقد فضل « جينى » تسمية الجوهر او المادة الاولى : « العلم » (la science) ، وتسمية الشكل أو البناء ، « الصناعة » أو « الصياغة » (la technique) . وقد رسخت هذه التفرقة بين

الجوهر والشكل أو بين العلم والصياغة حتى صارت اليوم من الاسس التقليدية المسلمة فى فقه أصول القانون .

وليس يعنينا فى هذا المبحث الا الكلام عن جوهر القاعدة القانونية أو ما يسميه « جينى » : « العلم » . وينبغى التنبيه فى هذا المقام الى ان اصطلاح « العلم » هنا لا يقصد به « جينى » المعنى الضيق الذى يقصده أنصار المدرسة الواقعية اى المعرفة اليقينية المستندة الى المشاهدة والتجربة بل انه يقصد به المعنى الواسع ، اى كل معرفة منطقية منهجية ، تجريبية كانت أو عقلية . ولذلك فهو يمزج — فى تصويره لجوهر القاعدة القانونية أو لعنصر العلم فيها — بين فقه المدرسة المثالية وفقه المدرسة الواقعية فيرد هذا الجوهر الى حقائق بعضها تجريبى وبعضها عقلى . وهى فى جملتها حقائق أربع ، الحقائق الواقعية أو الطبيعية ، والحقائق التاريخية ، والحقائق العقلية والحقائق المثالية . فنعرض لكل منها على التوالى .

٧٢ — الواقعية أو الطبيعية (données réelles ou naturelles)

هى تلك الحقائق التى تتكون من ظروف الواقع المحيطة بالناس فى الجماعة . وهذه الظروف قد تكون مادية كظروف المناخ والتربة وتكوين الانسان العضوى أو الجسمى ، وقد تكون معنوية كالحالة النفسية أو النزعات الاخلاقية أو الشعور الدينى ، وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية ، أو قوى سياسية أو اجتماعية (١)

غير أن هذه الحقائق الواقعية لا تخلق بذاتها القواعد القانونية ، ولكنها ترسم لها الحدود وتعين النطاق أو على الاقل تكون البيئة اللازمة لشئونها . فهى اذن مجرد حقائق أولية من اللازم ادخالها فى الاعتبار ، ان لم يكن لشيء ،

فلتثبت الوضع الذى تعرض به مسائل القانون أو لتحديد مداها ابتداء (١) .

فمثلا وجود جنسين من الناس : ذكر وأنثى يمكن ارتباطهما ارتباطا من نوع خاص ، يعتبر حقيقة واقعية أو طبيعية ، تثير مسألة التنظيم القانونى لمثل هذا الارتباط . وإذا كانت هذه الحقيقة لا تستطيع بمفردها تحديد قواعد الزواج ، فهى على الأقل تبين فكرته ، لتوضح مثلا أن هذا الارتباط — أيا كانت القواعد التى يجب أن تحكمه — لا يمكن أن يوجد بطبيعته الخاصة بين كائنين من نفس الجنس . وكذلك فإن الاختلافات العضوية أو النفسية أو المادية بين الذكر والأنثى تقود الى التسليم باختلاف فى المركز القانونى بين الزوج والزوجة فى هذا الارتباط ، وهو اختلاف تسهم كذلك الظروف الاقتصادية والسياسية للبيئة الاجتماعية فى التأثير فيه وتوجيهه ، بما تعمل على توسيعه أو تضيقه (٢) .

وهذه الحقائق الواقعية أو الطبيعية تخضع لطرق المعرفة الواقعية اليقينية من مشاهدة وتجربة ، ولذلك فهى حقائق علمية بالمعنى الضيق الدقيق . وهذه الصفة العلمية اليقينية المنزهة عن التحكم وعن كل تنظيم فنى مصطنع، تفرض هذه الحقائق على الإرادة فرضا حتميا ، مما يجعلها شرطا أساسيا جوهريا لإنشاء القاعدة القانونية وإن لم يجعلها كافية وحدها لتبريرها والاستقلال بخلقها (٣) .

٧٢ — الحقائق التاريخية (Les données historiques)

تشمل هذه الحقائق ما تكون من قواعد لتنظيم الحياة والسلوك فى المجتمع ، ثبتت على مر الزمن مما اكسبها صلابة وقوة واحتراما ، جعلت منها تراثا

Gény, op. cit., No. 167, pp. 371, 372. (١)

Gény, op. cit., No. 167, p. 372, 373 (٢)

Gény, op. cit., No. 167, p. 375. (٣)

مكتسبا لا يمكن اغفاله او التحلل منه كليا فى تكوين القانون (١) . وهذا التراث التاريخى من الاوضاع القانونية ، لا يتكون — كالحقائق الواقعية — من عناصر مادية أولية سلبية ، بل يتضمن قواعد متكونة جاهزة صالحة لتوجيه نشاط الامراد فى المجتمع (٢) .

فاتحاد أو ارتباط الجنسين مثلا ، يبدو لنا اليوم — باستقراء الحقائق التاريخية وحدها — فى شكل الزواج ، أى فى شكل نظام محكم الشروط والاثار — على اختلاف فى ذلك بحسب الزمان والمكان — وخاضع دائما لرقابة سلطة اجتماعية دينية كانت أو مدنية مما يسبغ عليه صفة شرعية • فمثل هذا النظام يبدو اذن نتيجة لعمل المدة الذى يضاف الى الحقائق الواقعية فيكسبها قوة وهيبة .

فمن المحال اذن اغفال دور الحقائق التاريخية فى تكوين القانون • اذ يقوم على أساسها كل اصلاح أو بناء قانونى جديد . فهى نتيجة خبرة تولدت عن طول التجربة مما يجعل لها حجية مسلمة ، ليست بالمطلقة ولا الدائمة ، ولكنها حجية مؤقتة ، لا تصد عن التطور وان تكن تعصم من الاندفاع أو التهور (٣) .

وهذه الحقائق التاريخية حقائق علمية بالمعنى الصحيح ، فالتاريخ ليس سوى التجربة التى مرت بها الانسانية فيكون الشأن فى تعرفه وتسجيله الى مجرد المشاهدة • والحقائق التاريخية بذلك تكون قادرة على اعطاء القانون أساسا راسيا ، فبعض الانظمة القانونية الرئيسية ، كنظام الملكية الفردية الذى ما زال أساسه العقلى محل خلاف كبير تجد سندها فى التطور التاريخى الذى خرجت منه (٤) .

Gény, op. cit., No. 168, p. 376. (١)

Gény, op. cit., No. 168, p. 377. (٢)

Gény, op. cit., No. 168, p. 378. (٣)

Gény, op. cit., No. 168, p. 379. (٤)

٧٤ — الحقائق العقلية (Les données rationnelles)

لاتكفى الحقائق الواقعية ولا الحقائق التاريخية لوضع القواعد اللازمة لتوجيه سلوك الافراد فى المجتمع توجيهها حقنعا . فمثل هذا التوجيه ، الذى يخضع لحكم الارادة العاقلة للانسان ، لا يمكن التماسه أو استخلاصه من حقيقة الواقع أو من حجبة التقليد وحده . وانما هو يلتصق فى أفق أعلى حيث يعمل العقل على ملاءمة حقائق الواقع والتاريخ وموافقتها على ما يفرض من غاية للقانون (١) . ومن أجل ذلك تسهم الحقائق العقلية بالنصيب الأكبر المرجح فى تكوين جوهر القاعدة القانونية .

وهذه الحقائق العقلية تكون عند جينى الجوهر الاساسى لفكرة القانون الطبيعى ، أى قواعد السلوك التى يستخلصها العقل من طبيعة الانسان ومن اتصاله بالناس فى المجتمع ، وهى بوصفها تفرض على العقل أو الذهن وتوافق مقتضيات الاشياء ، تكون محتومة كما تكون عالمية ثابتة (٢) .

ورغم أن الحتمية التى تحكم هذه الحقائق ليست مادية — كما هو الشأن بالنسبة للحقائق الواقعية — بل معنوية محض ، فهى اهل — نظرا الى موضوعها — لتكوين القانون الطبيعى بالمعنى الصحيح ، وبصفاته الخاصة المعترف بها من ثبات وعالمية وخلود . ولكن « جينى بفضل تسميتها بالحقائق العقلية منما لما قد يثيره تسميتها بالقانون الطبيعى من خلط فى الازهان ، ولأن العقل هو الاداة المستعملة فى استخلاصها . ورغم ذلك ، فهى تظل تعنى تلك المبادئ التى يستخلصها التمييز العقلى لحقائق الواقع والتاريخ ، فى سبيل توجيه سلوك الافراد فى المجتمع . ولكنها — حتى تحتفظ بقيمتها الكبرى فى تكوين القاعدة القانونية — ينبغى ألا تتضمن من المبادئ أو القواعد الا ما يظهر العقل أن طبيعة الانسان تفرضه فرضا محتوما دون بسطها على غيرها

Gény, op. cit., No. 169, p. 380. (١)

Gény, op. cit., No. 169, p. 381. (٢)

من المبادئ التى تخص مطامح أو نزعات مثالية . فالحقائق العقلية اذن تتضمن المبادئ الضرورية لا الكمالية (١) .

فطبيعة الانسان — كما يفسرها العقل — تحتم مثلا عدم اعطاء الارتباط بين الجنسين صفة الشرعية المنشئة لاسرة معترف بها اجتماعيا ، الا لذلك الارتباط الثابت المستمر الناشئ عن الرضى والاتفاق ، بقصد سيطرة الانسان على اهوائه ارضاء للخلق السامى ، وبنية رعاية وتربية ما قد ينتج عن هذا الارتباط من اولاد (٢) . فليس لمجرد الارتباط الوقتى او العابر بين الجنسين اذن — فى منطق الطبيعة والعقل — اية صفة شرعية .

ولكن الحقائق العقلية لاتجاوز مثل هذا القدر الضرورى المعتبر حدا أدنى لما يفرضه العقل بشأن فكرة الزواج ، فلا تدخل فيها مثلا فكرة وحدة الزوجة ولا ابدية الزواج وعدم قابليته للانقسام ، ولا تحريم الزواج ببعض الاقارب من غير الاصول أو الفروع . فانه وان تكن مثل هذه المبادئ جديرة بالنظر والاعتبار لما تصدر عنه من سمو فى التفكير الاخلاقى وأهلا لتصر بذلك ضمن قواعد الزواج القانونية ، الا أنها تظل دائما فى نطاق المثل العليا ، مما يتعذر معه ادماجها ضمن الحقائق العقلية بمعناها الدقيق . فالحقائق العقلية بطبيعتها انما تقتصر على النطاق المصغر للعقل ، فلا تتضمن الا القواعد التى يستخلصها العقل دون منازعة من طبيعة الانسان وطبيعة الحياة فى المجتمع (٣) .

ويعترف جيئى للحقائق العقلية بصفة علمية — لا بالمعنى الدقيق — ولكن بالمعنى الواسع المعبر عن كل نشاط أو جهد عقلى تفكيرى ، ينفذ الى جوهر الاشياء بوسائله المسلمة الخاصة فى المعرفة دون الوسائل المنازع فى قيمتها . وبذلك تتمكن هذه الحقائق العقلية من أن تضع من القواعد ما تفرضه

Gény, op. cit., No. 169, pp. 381, 382. (١)

Gény op. cit., No. 169, p. 382. (٢)

Gény, op. cit., No. 169, pp. 382, 383. (٣)

فرضا جازما يعادل جزمه وحتمه الحتم المادى الملازم للحقائق الواقعية او الطبيعية ، وان أمكن مع ذلك تصور جردها وانكارها فى الواقع ، ومن هنا ، تكون لها الغابة عنى الحقائق التاريخية ، وتصلح كأساس للحقائق المثالية التى تستهدف الكمال بها (١) .

٧٥ - الحقائق المثالية

يستطرد « جينى » فيذكر أنه ينبغي الاعتراف - الى جنب الحقائق السابقة - بنوع آخر من الحقائق يجمع ويركز كل الامال والمطامح الانسانية فى التقدم المطرد للقانون . فخارج نطاق التنظيم القانونى الذى تفرضه حقائق الحياة الواقعية ، أو مقتضيات العقل المستنير بتجارب التاريخ تبدو جملة اعتبارات مادية أو نفسية أو أخلاقية أو دينية أو اقتصادية أو سياسية لا تقرر قواعد سلوك جديدة ، ولكنها تتضمن بعض الاتجاهات والنزعات المثالية أو الكمالية لنظام القانونى والعلاقات القانونية . فهذه حقائق مثالية محض ، لا تعبر عن وقائع محسوسة ، ولا عن قواعد عقلية مفروضة بالضرورة ، ولا عن تراث تاريخى مكتسب . ولكن عن رغبة فى التقدم والسمو ونزعة الى تحقيق بعض المبادئ الكمالية زيادة على ما يفرضه العقل من مبادئ ضرورية . فهذه 'الحقائق' انما تعبر اذن عن مجرد اتجاهات نحو تنظيم مأمول للعلاقات القانونية ، تفرضها وتحددها درجة المدنية والشعور العام فى الجماعة (٢) .

ومن أمثلة هذه الحقائق المثالية مبدأ وحدة الزوجة ، وأبدية الزواج بامتناع انحلاله عن طريق الطلاق . فمثل هذه الحقائق لا يفرضها العقل كضرورة لازمة محتومة ، ولكنها مجرد تصور كمالى لنظام الزواج . فليس ينفى العقل فكرة تعدد الزوجات ، ولا فكرة الطلاق ، ولكن نزعة الكمال تقضى بالاكتماء بزوجية واحدة وبدوام رابطة الزوجية قائمة لا يطلها الا الموت .

Gény, op. cit., No. 169, p. 384. (١)

Gény, op. cit., No. 170, pp. 384, 385. (٢)

وكون مثل هذه الحقائق المثالية لا تمثل مقتضيات عقلية مطلقة ، وإنما مجرد أماني أخلاقية أو اجتماعية للمدنية في الجماعة لا يجعل لها صفة عالمية أو خالدة (١) كما هو الشأن بالنسبة للحقائق العقلية ، التي لها من اطلاقها وموضوعيتها ما يضمن لها العالمية والثبات والخلود . ومن هنا كانت الحقائق المثالية مختلفة باختلاف الزمان والمكان ، فلكل جماعة حقائقها المثالية الخاصة بها .

ولئن كانت هذه الحقائق المثالية تفرض الى حد ما على الذهن ، وتبقى بذلك في عداد الحقائق المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، إلا أن من العسير اعطاؤها بوجه عام صفة علمية بحتة . فهي لا تأتي من معرفة عقلية ولكن من تلك القوى غير الواضحة التي تندرج تحت اسم الايمان أو العاطفة والتي تحدد بطريقة غامضة — وأن تكن مؤكدة — ما يوجد لدى أفراد الجماعة من معتقدات وإرادات مشتركة ، مما يضيف على هذه المعتقدات والإرادات صفة موضوعية كافية . وليس المقصور بذلك هو الرأي العام ، تلك القوة العمياء غير الواعية التي قد تندفع الى ضلال تحت تأثير شعور معين وإنما المقصود هو تلك القوى التي تكمل نقص الحقائق العقلية أو تيسر من جفافها وصرامتها ، مما يجعلها محلا لعقيدة شاملة كضرورة للكمال بالقواعد التي تكشف عنها الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية (٢) .

وغنى عن البيان أن الحقائق المثالية لا تتمتع بنفس الحجبة التي تتمتع بها الحقائق العقلية المقامة على أساس من الواقع وضوء من التاريخ ، ولكنها على أى حال تقوم بدور أساسى لا يمكن اغفاله فى تكملة هذه الحقائق الاخيرة . بل هى — فضلا عن ذلك — تؤدى الى التخفيف من صرامة النتائج التي قد يفرضها العقل ، والكمال بها ، وتقريب الحياة الاجتماعية من العدل الاسمى الذى تفرضه مطامح الانسان الواسعة المتطورة . وهى قد تتيح كذلك تغيير بعض

النظم التى تؤخذ على أنها نظم يفرضها العقل ، والتى لم تعد تساير درجة التقدم والمدنية التى بلغتها الجماعة (١) .

٧٦ - الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق

تلك هى الحقائق الأربع التى يراها « جينى مكونة لجوهر المساعدة القانونية . ولكنه يفاضل بين هذه الحقائق ، فيجعل الحقائق العقلية هى أهمها جميعا . اذ الحقائق الواقعية والحقائق التاريخية — كأساس محكم لكل الجوهر — لا تتطلب الا أن تسجل بالمشاهدة والتجربة ، دون حاجة الى نشاط ذهنى أو شخصى . والحقائق المثالية لا تتدخل الا للسو بالقواعد التى يفرضها العقل مستتيرا بالواقع أو التاريخ . وعلى هذا النحو ينتهى جينى الى اثبات الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق ، فيعتبر أن القاعدة القانونية هى أساسا عمل عقلى ، والحقائق العقلية هى التى توقننا على فكرة العدل التى تعين على اقامة النظام والامن فى الحياة الاجتماعية (٢) .

والخلاصة مما تقدم أن « جينى » يجعل الغلبة للحقائق العقلية ، فهى عنده الأساس الجوهري للقاعدة القانونية . وهذه الحقائق تعتمد على بعض الحقائق الواقعية أو الطبيعية . والحقائق العقلية والواقعية لا تثبت فى الحياة الاجتماعية الا بفضل نمو تاريخى يسلكها فى مسلك التطور الاجتماعى . وهذا التطور لا يتم الا تحت تأثير مثل أعلى يسمى بالطبيعة والواقع ، ويخفف من صرامة مسلمات العقل .

(١) فهنا يقضى العقل بأن مناط التعويض عن الضرر هو وجود خطأ فى جانب من تسبب فى احدث هذا الضرر . ولكن اطلاق هذه الحقيقة العقلية يؤدى فى بعض الحالات الى نتائج ظالمة . فبعد انتشار الصناعة كثرت اصابات العمال نتيجة استعمال الآلات ، وكان من المتعذر على العمال غالبا اثبات خطأ من جانب رب العمل أو صاحب المصنع ، مما انتهى الى ترك العمال المصابين دون تعويض عما كان يلحقهم من ضرر الاصابة . فهنا تدخلت نزعة العصر المثالية نحو توزيع المخاطر على أساس من تعاون الجميع فى الحياة الاجتماعية ، للتخفيف من وطأة تلك النتيجة الظالمة بضمان حصول العمال على تعويض عن اصاباتهم ، دون شروط تقبوت خطأ فى جانب رب العمل (Gény, op. cit., No. 170, p. 388.) .

Gény, op. cit., No. 171, pp. 389, 390. (٢)

فالإساس اذن هو الحقائق العقلية التى تدخل فى اعتبارها الحقائق الواقعية أو الطبيعية . ومن هنا ، يفهم منطق «جيني» فى استلزام وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعى فى تكوين جوهر القاعدة القانونية أى فى استلزام وجود قواعد يستخلصها العقل من طبيعة الاشياء التى يعتبر الانسان جزءا منها ترتفع على ارادات الافراد وأهوائهم ، وتفرض نفسها عليهم بما لها من قيمة موضوعية ثابتة سامية حتى لا يجدوا مناصا من الخضوع لها (١) .

المبحث الثانى

عنصر الواقع وعنصر المثال فى تكوين القاعدة القانونية

٧٧ — ضرورة استناد القاعدة القانونية الى الواقع والمثال معا

اول ما يراعى بشأن الحقائق الاربع المكونة لجوهر القاعده القانونية عند «جيني» هو أنه يعطيها صيغة علمية ليست لها كلها . فهو نفسه يعترف بأن من العسير اعتبار الحقائق المثالية حقائق علمية اذ هى انما تتولد من قوى مبهمه غير واضحة كالعاطفة والايمان . وهو لا يصل الى اعطاء الحقائق العقلية الصفة العلمية الا بمجاوزة المعنى الدقيق لاصطلاح «العلم» وبسطه الى كل معرفة منطقية منهجية ، دون تفيد بأن تكون معرفة تجريبية . ومن هنا ، فلا يبقى من حقائقه الاربع ما تكون له صفة علمية بالمعنى الاصطلاحى الدقيق الا النوعان الاخران من الحقائق أى الحقائق الواقعية (أو الطبيعية) والحقائق التاريخية ، فهذه حقائق تجريبية محض تعرف وتسجل بمجرد المشاهدة .

هذا فضلا عن أن من العسير التفرقة بين الحقائق الواقعية وبين الحقائق التاريخية . فلا تعدو الحقائق التاريخية أن تكون مجرد حقائق واقعية ، اذ هى تراث تاريخى قد اكتسبته الجماعة على مر الاجيال ، حتى صار ضمن الظروف الواقعة المحيطة بها . وكذلك الشأن فى التفرقة بين الحقائق العقلية والحقائق

المثالية ، فالمثالية انما تستخلص تدريجيا من الاولى تبعا لاطراد نزعة الكمال والتقدم (١) .

كل ذلك يدعو الى البصر بالمعيار الذى يجب ان يرد اليه تحليل عناصر القاعدة القانونية ، وتحديدده بما يتخلف أو يتوافر لهذه العناصر من صفة علمية بالمعنى الدقيق . ومن هنا ، يمكن اختزال حقائق « جينى » الاربع الى نوعين اثنين من الحقائق :

١ — **حقائق علمية تجريبية** ، تخضع للمناهج التجريبية البحث ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية على السواء .

٢ — **حقائق علمية تفكيرية** ، يستخلصها العقل فيما وراء المشاهدة والمحسوس ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق العقلية والحقائق المثالية .

وهذان النوعان من الحقائق انما يعبران عن طبيعته القاعدة القانونية ووظيفتها . فالقاعدة القانونية — كما سبق البيان — انما هى تكليف بواجب . ولا يمكن تعيين الواجب الا عن طريق تقويم الواقع . أى أن القاعدة القانونية انما تفترض أولا واقعا يراد تعيين ما يجب منه وما لا يجب ، وثانيا تقويما لهذا الواقع بالقياس على أمثل أعلى . تقويما يتعين به الواجب فى شأن هذا الواقع . أما الواقع فيعرف بالمشاهدة والتجربة اذ يدخل فى نطاق المحسوس أى يخضع فى تعرفه لمنهج علمى تجريبى دقيق ، ولذلك فهو الذى يمد القاعدة القانونية بالحقائق العلمية التجريبية . وأما التقويم فلا يتصور الا بالقياس على مثل أعلى يعتبر غاية فى ذاته ، والمثل الأعلى لا يستخلص من المشاهدة ولا من التجربة فهو من عالم ما وراء المحسوس يستخلص بالعقل ، مما يضيف — الى الحقائق العلمية التجريبية — حقائق أخرى عقلية تفكيرية .

فالقانون اذن ليس عملا علميا بحثا كما تذهب الى ذلك المدرسة الواقعية ، ولا هو عمل عقلى تفكرى بحث كما تذهب الى ذلك المدرسة المثالية . ولكنه عمل مزدوج مختلط : هو عمل علمى ، اذ يحتاج أولا الى تقرير الواقع من الحياة الاجتماعية تقريراً علمياً على ضوء المشاهدة والتجربة . وهو عمل عقلى ، اذ يحتاج الى تقويم هذا الواقع - خارج نطاق المحسوس - تقويماً عقلياً بالقياس على مثل أعلى هو العدل ، وهذا التقويم هو الذى يمكن من فرض الواجب على الأفراد أى من تعيين مضمون القاعدة القانونية ، والتقويم عمل ادخل فى باب الفن . ولهذا جرى القول بأن القانون « علم » (science) (حين يقرر الواقع) و « فن » (art.) حين يقوم الواقع (١) . ولكن دور الفن فى القانون اكبر من دور العلم ، اذ الاساس هو التقويم ، وان يكن التقويم لا يستغنى عن الواقع لانه يرد عليه .

ومن هنا ، نستطيع أن نرد جوهر القاعدة القانونية الى عنصرين : عنصر العلم وعنصر الفن ، أو عنصر الواقع (le réel) وعنصر المثال (l'idéal) . فنعرض فيما يلى لكل من هذه العنصرين فى مطلب على حدة .

المطلب الاول

العنصر الواقعى التجريبي أو حقائق الحياة فى الجماعة (٢)

٧٨ - تمهيد

قلنا ان معرفة جوهر القاعدة القانونية يتطلب أولا تحليل عناصر الحياة فى الجماعة لظهور مختلف الحاجات التى ينبغى من بعد اشباعها بما يحقق المثل

(١) انظر فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 17. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I. No. 53.

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 18, pp. 163 - 170. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 79 - 90. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 54.

الاعلى للعدل . فينبغي البصر اذن بحقيقة الظواهر الاجتماعية (faits sociaux) ، وهو ما لا يتأتى الا باتباع منهج تجريبي علمي بحث ، أى باخضاع هذه الظواهر الاجتماعية للمشاهدة والتجربة ، فهى ظواهر تشبه الظواهر المادية من حيث خضوعها لقانون السببية . فحقائق الحياة فى الجماعة أمر من العبث اذن اغفاله عند وضع القاعدة القانونية وهذه الحقائق يمكن ردها الى عوامل كثيرة نذكر أهمها فيما يلى .

٧٩ - العوامل الطبيعية (Les facteurs naturels)

هى عوامل تتصل بالطبيعة بوجه عام ، سواء كانت طبيعة المجتمع أو طبيعة الانسان . فتحديد سن الاهلية للزواج مثلا يتوقف كثيرا على طبيعة المناخ فى المجتمع ، اذ يتم النضج الجسمى والجنسى فى سن مبكرة أو متأخرة تبعا لطبيعة جو كل مجتمع . وتبعا لكثرة أو قلة النسل ، ولازدياد ثروة الجماعة أو فقرها ، تحدد كل جماعة سياستها بشأن اعطاء الاجانب جنسيتها فتشجع التجنس أو تحد من .

وتبعا لموقع المجتمع ، يزداد الاهتمام بوضع نوع معين من القواعد القانونية يحتمه هذا الموقع . فمجتمع يوجد فى جزيرة ، أو تحده سواحل وشواطئ ، يضطر الى التجارة عبر البحار مع غيره من المجتمعات ، فيظفر فيه القانون التجارى البحرى بحظ عظيم (١) .

وكذلك فثمة قواعد قانونية تترتب على ظاهرة الميلاد وظاهرة الموت التى يخضع لها الانسان . فمخضية الانسان تبدأ مثلا بتمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته ، والميلاد يكسب الشخص اسما ولقبا معنا ، وغالبا ما يكسبه جنسية معينة . والموت تترتب عليه الحاجة الى قواعد تنظم الارث والوصية ، فتنقل اموال المتوفى طبقا لهذه القواعد الى الورثة أو الموصى لهم .

٨٠ - العوامل الاقتصادية (Les facteurs économiques)

تعتبر العوامل الاقتصادية من أهم حقائق الحياة فى الجماعة ، التى تنبغى الاحاطة بها عند وضع القواعد القانونية ، اذ أن حاجات الافراد الاقتصادية من انتاج واستهلاك وتداول وتوزيع تحتاج الى تنظيم قانونى معين . وقد غدت العوامل الاقتصادية فى العصر الحديث أكبر أثرا فى القانون عن ذى قبل ، فتمو وانشاء بعض فروع النشاط الاقتصادى أدى الى ظهور أو تغيير بعض القواعد القانونية . فازدياد أهمية الضمان أو التأمين والنقل مثلا ، دعا الى الاهتمام بوضع قواعد مفصلة محكمة لعقود الضمان أو التأمين وعقود النقل . وتجميع رؤوس الاموال فى الصناعات فى الوقت الحاضر ، أدى الى ازدياد الاهتمام بالنظام القانونى للشركات المساهمة (٢) . وانتشار الصناعة منذ أواخر القرن الماضى ، أدى الى نشوء طبقة العمال نتيجة لتجمعهم فى مناطق الصناعات ، مما دعا الى اعطائهم حق تكوين نقابات تدافع عن مصالحهم ، وحق الاضراب لتحقيق مطالبهم ، وكثرة ماصدر من تشريعات العمل لتنظيم العلاقة بين العمال وأرباب الاعمال تنظيما يكفل التوازن بين هاتين القوتين .

وظهور المذاهب الاشتراكية وانتصارها فى كثير من الدول كان له أثر بالغ فى تطوير اقتصادياتها ، مما دفع المشرع فيها الى الغاء الملكية الخاصة لكل أو بعض وسائل الانتاج والى ابتداء فكرة تأمين المشروعات الاقتصادية وخلق قطاع عام فى الانتاج .

غير أنه ينبغى عدم الاسراف فى تضخيم أثر العوامل الاقتصادية فى تكوين القانون ، أو جعلها هى العامل الاساسى فى هذا التكوين ، بحيث تتبعها وتخضع لها بقية العوامل الاخرى . فالقانون ليس مجرد تنظيم للاقتصاد فى الجماعة ، اذ لاتقوم الحياة الاجتماعية على اشباع الحاجات المادية للافراد

فحسب ، فضلا عن أن القانون لا يخضع للعوامل والقواعد الاقتصادية خضوعا
محتملا ، بل هو يهيمن عليها بما يضمن موافقة الاقتصاد لفكرة العدل (١) .

٨١ — العوامل السياسية والاجتماعية والسياسية sociaux

يقصد بذلك الافكار السياسية والاجتماعية السائدة في المجتمع ، دون
تعرض لقيمتها . فنحن بعد في مجال تسجيل الواقع لا في مجال تقويمه . ولذلك
فمعرفة ما يوجد في المجتمع من أفكار سياسية واجتماعية ، هي معرفة تجريبية
بحثة تقوم على المشاهدة ، أي معرفة علمية بالمعنى الاصطلاحي الدقيق ، مما
يدخلها ضمن حقائق الحياة في الجماعة ، أي ضمن العنصر الواقعي لا المثالي
للقاعدة القانونية .

والواقع أن كثيرًا من الافكار السياسية والاجتماعية السائدة اسهمت
بنصيب كبير في خلق بعض النظم القانونية . فالافكار الاجتماعية التي كانت
سائدة في القديم خلقت نظام الرق ، وجعلت الناس طائفتين : طائفة الاحرار ،
وطائفة الرقيق . والافكار السياسية والاجتماعية التي كانت سائدة في القرون
الوسطى ، خلقت نظام الاقطاع وأقامت على أساسه جملة القواعد القانونية .
وكذلك فإن المعتقدات الطبعية التي كانت سائدة قبل العصر الحاضر ، فصلت
كل طبقة عن الاخرى فصلا تاما ، ودعت طبقة الاشراف خاصة الى تحصين
نفسها ضد كل دخيل عليها ، فوجدت قواعد قانونية تحصر الارث في ابن
الاسرة الاكبر ، وتحرم البنات من الارث حتى لاتذهب أموال الاسرة الى
أزواجهن ، وقد يكونون من الطبقات الاخرى . وكذلك وجدت قواعد قانونية
لتأكيد الفصل بين الطبقات وضمان عدم اختلاطها بالتزاوج ، فقيد انعقاد
الزواج في كثير من الاحيان بضرورة ترخيص الوالدين به ، حتى بالنسبة لمن
جاوز سن الرشد من الاولاد (٢) .

(١) في هذا المعنى :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 112.

Roubier, op. cit., No. 18, p. 169. (٢)

ومن الافكار والمعتقدات السياسية والاجتماعية ، ما كان له أكبر الاثر فى حياة الامم وتغيير نظمها القانونية . فظهرت مع الثورة الفرنسية فى أواخر القرن الثامن عشر معتقدات الحرية والاخاء والمساواة ، وقد أسهمت هذه المعتقدات بنصيب كبير فى بناء النظام القانونى لفرنسا الحديثة . وظهرت مع الثورة الشيوعية فى روسيا معتقدات سيادة الطبقة العاملة والغاء باقى الطبقات . وعلى أساسها قام الحكم هناك ، وانحصر فى الحزب الممثل لهذه الطبقة . ومازالت سائدة فى الولايات المتحدة الامريكية وفى جنوب افريقيا الى اليوم بعض معتقدات خاصة بالتمييز بين البيض والملونين من الافراد ، مما ينعكس أثره على بعض قواعد القانون هناك . وتبلور فكرة الاشتراكية العربية فى الجمهورية العربية المتحدة أخيرا قد خلق معتقدات جديدة تتعلق بضرورة التخطيط فى الاقتصاد وبالكفاية فى الانتاج مما دعا الى تأميم كثير من المشروعات الاقتصادية ومساهمة الدولة فى بعضها وخلق قطاع عام يسيطر على الانتاج فى الدولة ، وخلق معتقدات أخرى تتعلق بالعدالة الاجتماعية وتذويب الفوارق بين الطبقات سواء عن طريق فرض حصد أقصى للملكية الاراضى الزراعية وتوزيع الزائد عليه وتمليك لصغار الفلاحين ، أو عن طريق تقليل الفوارق بين دخول الافراد بفرض ضرائب تصاعدية عالية على الدخل وعلى العقارات المبنية وبتحديد حد أعلى للمرتبات وزيادة دخول العمال بأشراكهم فى الارباح .

كل هذه الافكار والمعتقدات الساسية والاجتماعية السائدة فى المجتمع - والتي تختلف طبيعتها بحسب الزمان والمكان - لا يمكن اغفال أثرها فى تكوين القاعدة القانونية ، ولذلك ينبغى الاحاطة بها احاطة شاملة كاملة عن طريق المشاهدة والتجربة . وليس معنى ذلك أن القاعدة القانونية تخضع لكل ما قد يوجد فى المجتمع من مثل هذه المعتقدات والافكار ، بل هى توافقها على المثل الاعلى للعدل . وتخضعها لحكمه : وكثيرا ما تضطر الى محاربتها . حين يبدو تناقضها واضحا مع تحقيق العدل ، الذى هو غاية القانون .

٨٢ — العوامل الدينية والاخلاقية Les facteurs religieux et moraux

يقصد بذلك التقاليد الدينية والاخلاقية السائدة في الجماعة ، أو التيارات الدينية والاخلاقية الجارية فيها . فمثل هذه التقاليد والتيارات ، تعتبر في مقدمة حقائق الحياة في الجماعة ، التي تحدد وتوجه حاجاتها . ومن ثم لا يمكن اغفال أثرها في تكوين القواعد القانونية ، وان يكن هذا الاثر يتفاوت ويختلف باختلاف الجماعات .

فالملاحظة بمثل هذه التقاليد والتيارات أمر لازم انن لتعرف حاجات الجماعة ورغباتها بشأن التنظيم القانوني . ولكن أيا كان ما تتمتع به مثل هذه التقاليد والتيارات الدينية أو الاخلاقية من قوة في الواقع ، فليس يفرضها الواقع فرضا محتوما كقواعد قانونية واجبة ، وانما هو يبرزها ويقدمها بين يدي المثل الاعلى للعدل ، الذي يخضعها — من بعد — لحكمه .

وقد كان للتقاليد الدينية اثر كبير في تعدد جهات الاختصاص القضائي في الدول العربية ، وفي تحديد المقصود باصطلاح « الاحوال الشخصية » فيها تحديدا واسعا يبسطه على كثير من الاوضاع التي تعتبر بحسب طبيعتها من الاحوال العينية أو المالية ، كالوقف والميراث والوصية والنفقة ، واخضاعها تبعا لذلك لجهات القضاء الديني المختلفة بحسب ديانة الخصوم .

وكذلك فقد كان للتقاليد الدينية والاخلاقية ، اثر بارز في تحريم الطلاق في قوانين الدول الغربية الى وقت قريب . ثم ضعف أثرها غير قليل ، فأبيح الطلاق في أكثر هذه الدول . ولكن الامر لم يصل فيها الى حد اغفال ما بقى لهذه التقاليد من قوة وأثر في النفوس ، فظل حبيس هذه التقاليد ، يحكمه كثير من الاجراءات والقيود .

٨٣ — العوامل التاريخية (Les facteurs historiques)

يقصد بها التجارب التي مرت بها الجماعة ، ومرت بها نظمها القانونية وهي بهذا الوصف — كخبرة صقلها الزمن — تدخل في الاعتبار عند تكوين القواعد

القانونية ، بل قد يكون لها - في بعض الاحوال - دور مرجح في شأن هذا التكوين كما سبقنا الاشارة الى ذلك من قبل .

فدور العوامل التاريخية اذن ، في تكوين القواعد القانونية ، دور غير منكور . ولكن من الاسراف الادعاء - كما يفعل المذهب التاريخي - ببناء انقواعد القانونية على اساس تاريخي بحث .

المطلب الثاني

العنصر المثالي أو المثل الاعلى للعدل (١)

٨٤ - تمهيد

لا تكفى حقائق الحياة في الجماعة لتكوين القاعدة القانونية . لان هذه الحقائق ليست الا مجرد حقائق واقعة . والقاعدة القانونية هي تكليف بواجب ، وليس كل ما هو واقع واجب . من أجل ذلك ، ينبغي لهذه الحقائق - حتى تصبح واجبة ، أى حتى تصلح لتكوين قاعدة قانونية - أن تلحقها قيمة معينة تبرر هذا الوجوب . وهذه القيمة تتحدد بعينها عن كل تجربة أو مشاهدة حسية ، بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل هو العدل .

ومن هنا كان لابد لتكوين القاعدة القانونية من عنصر مثالي فوق العنصر الواقعي . فإخضاع الواقع للمثل الاعلى وهو العدل ، وموافقته عليه ، يعطيه صفة الواجب أى يجعله قانونيا .

ولكن ما هو المثل الاعلى للعدل . أو ما هي فكرة العدل في ذاته ؟ . ذلك العدل الذى خاض فيه منذ قديم فلاسفة اليونان ونفقاء الرومان والمبرزون من رجال

(١) راجع في ذلك بمسألة خاصة :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos 94 - 108; Théorie générale du droit, Nos. 217 - 262. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e éd., 1937, No. 11. — Génys, Science et Technique, t. II, Nos. 171 - 174 — Hauriou, Aux sources du droit, pp. 43 - 71. Réglade, op. cit., pp. 45, 46, 50, 55. — Roubier, op. cit., Nos. 19, 26. — Senn, op. cit., pp. 1 - 54.

الكنيسة في العصور الوسطى ، حتى جرت بعض اقلام الفقهاء في العصر الحديث على أنه من عناصر تكوين القاعدة القانونية ؟ •

الواقع أن العدل — فيما ثبت عليه من معنى قديم — هو احدى الفضائل التي تتلخص في اعطاء كل واحد حقه ، أو ما هو واجب له (١) • وهو بذلك يتضمن فترة المساواة بمعناها العام ، اذ بذلك يتساوى كل ذي حق في المطالبة بحقه ، ومتضاء ما يجب له • وليس ينكر أحد على العدل مثل هذا المعنى ولكن تعريفه على هذا النحو ، يكاد — لفرط عمومه واطلاقه — يقصر عما ينبغي نه من ضبط وتحديد واحكام ، وان يكن من المسير — في أمر يبلغ من التجريد مثل ما تبغفه فكرة العدل — العثور على تعريف محكم جامع مانع •

من أجل ذلك ، تنبغى الاستعانة — في سبيل توضيح فكرة العدل — ببيان ما قد يكون للعدل من صور مختلفة • وهو ما حاوله الفلاسفة والنقهاء — الاقدمون منهم والمحدثون — حيث قسموا العدل وردوه الى صور ثلاث تختلف باختلاف أطرافه ، واختلاف الشخص الذي يجب له العدل : فثم على يسود علاقات الافراد ، فيجب للفرد على الفرد ، هو « العدل التبادلي » • وبم عدل يسود علاقة الفرد بالجماعة • وهو اما عدل يجب للفرد على الجماعة فيسمى « العدل التوزيعي » • واما عدل يجب للجماعة على الفرد فيسرف باسم « العدل الاجتماعي » • فنعرض بايجاز لكل من هذه الصور الثلاث فيما يلي •

٨٥ — العدل التبادلي (La justice commutative) (٢)

يقصد بالعدل التبادلي ذلك العدل الذي يسود علاقات الافراد ، فيجب للفرد

(١) انظر ماجاء في مدونة «جوسنتيان» من أن « العدل (هو) حل للنفس على ايتاء كل ذي حق حقه ، والزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار » (عبد العزيز فهمي ، مدونة جوسنتيان في الفقه الروماني ، ص ٥) .
(٢) راجع في ذلك :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos 101 - 105, Théorie générale du droit Nos. 229-231. — De La Grosse et Lohurde. Lacoste, op. cit., No. 62. — Duguit, op. cit., t. I, No. 11, p. 122. — Rou-bier, op. cit., No. 21, pp. 191 - 194; No. 26, pp. 225 - 230.

على الفرد • وهو عدل يقوم على أساس من المساواة التامة الكاملة • اذ مادام للأفراد جميعا نفس الطبيعة — لان كلا منهم انسان كالاخر — فلا يتصور أن تقوم العلاقات بينهم الا على قدم المساواة مساواة حسابية بحتة لا عبرة فيها بصفات الافراد أو اختلاف شخصياتهم •

والاصل فى العدل التبادلى عند القدماء ، أنه كان مقصورا على علاقات الافراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع والمنافع والخدمات ، والتي تولد التزامات متقابلة بين أطرافها • فكان العدل يعنى وجود مساواة كاملة بين السلع والمنافع والخدمات المتبادلة • وهو ما يخول لكل طرف الحق فى مطالبة الاخر بالالتزام الواقع عليه قبله فى شأنها واقتضاء الوفاء بهذا الالتزام ، فالمشتري يقتضى من البائع مثلا تسليم المبيع اليه ، وفى مقابل ذلك يقتضى منه البائع دفع الثمن ، والفرض أن الثمن يساوى قيمة المبيع

ولكن العدل التبادلى لم يمكث محصورا فى هذا النطاق الضيق من العلاقات التعاقدية ، بل جاوز هذا النطاق الى كل ما ينشأ بين الافراد من علاقات أيا كان مصدرها ، بحيث تقوم هذه العلاقات على أساس المساواة التامة المطلقة • ومن هنا ، فكل علاقات الافراد ينبغى أن تقوم على العدل ، بمعنى أنها ينبغى أن تقوم على أساس تساوى الافراد باعتبارهم أفرادا • وهذا التساوى يقتضى من الافراد احترام كل منهم لحق الاخر ، اما باعطائه له ، واما بالامتناع عن الاعتداء عليه •

فما هو حق كل فرد الذى يكون احترامه العدل بين الافراد ؟ . هذا الحق هو ما يخص كل فرد ابتداء أو اكتسابا •

أما ما يخص كل فرد ابتداء فهو وجوده أو كيانته المادى والنفسى • وعلى ذلك فليس من العدل أن يعتدى فرد على كيان فرد آخر ، فينتقص من هذا الكيان بأى شكل كان من أشكال الاعتداء أو الانتقاص ، لانه حينئذ يأخذ لنفسه ما يخص غيره وما لا يخصه هو فيكون ظلما • فمن الظلم انن اعتداء فرد على

جسم آخر بالضرب أو القتل ، أو على سمعته بالاهانة أو السب أو القذف ، أو على حريته بالاستعباد والاسترقاق .

وأما ما يخص الفرد اكتساباً فهو ما يكتسبه من بعد ويضيفه الى نفسه كشيء خاص به ، اما استقلالا كاستيلائه على شيء سائب لا مالك له ، واما تتيحه ماقد يقوم بينه وبين غيره من الافراد من علاقات ارادية أو غير ارادية . والعدل هنا هو اقرار كل فرد على ما اكتسبه ، بطريق الاكتساب المشروع ، لانه أصبح خاصا به دون غيره من الافراد .

فالثابت إذن أن العدل في العلاقات بين الافراد انما يقوم على أساس من التساوى التام فيما لكل فرد من حق احترام الآخر لما يخصه ابتداء أو اكتساباً . فمن العدل إذن وفاء الشخص ما تعهد به لغيره ، ورده ما سلب منه ، وتعويضه عما سبب له من ضرر ، لانه بعدم الوفاء بتعهده وباعتدائه على مال الغير أو شخصه ، يكون قد انتقص من حق الغير وأضاف الى نفسه ما ليس له ، فأخل بذلك بما ينبغى بين الافراد من مساواة تامة متبادلة ، فوجب عليه إعادة اقامة هذه المساواة .

٨٦ — العدل التوزيعي (La justice distributive) (١)

يقصد بالعدل التوزيعي العدل الذى يسود علاقات الافراد بالجماعة ، من حيث وجوبه على الجماعة للافراد . فالجماعة — وهى بصدد توزيع المنافع والوظائف العامة والاعباء العامة على الافراد ينبغى أن تراعى فى مثل هذا التوزيع اختلاف الافراد فى حاجاتهم وفى مقدرتهم وجدراتهم

فمثل هذا الاختلاف المحتوم بين الافراد لا يسمح للجماعة باقامة مساواة تامة حسابية بينهم تتساوى فيها الرؤوس ، كتلك المساواة التى يحققها العدل

(١) راجع فى ذلك :

Dabin, *Théorie générale du droit*, Nos. 232 - 234. — De La ressaye-et Laborde-Lacoste, *op. cit.*, No. 63. — Duguit, *op. cit.*, t. I, No. 11, p. 123. — Roubier, *op. cit.*, No. 22, pp. 202 - 205; No. 26, pp. 225 - 230.

التبادلى فى العلاقات بين الافراد ، ولكن هذا الاختلاف يضطر الجماعة الى النزول عن التزام تلك المساواة الحسابية الى نوع آخر من المساواة التناسبية تكون المعبرة فيه بتساوى قيم الافراد أو قيم حاجاتهم. فليس من العدل أن يعامل كل الافراد نفس المعاملة ، فينالهم نفس النصيب فيما توزعه الجماعة ، وهم ليسوا سواء لا فى ملكاتهم ولا فى حاجاتهم ولا فى قدرتهم أو جدارتهم ، فالعدل فى التوزيع لا يتصور اذن الا بمعاملة الافراد المتساوين فى الحاجة والقدرة معاملة متساوية ، ومعاملة الافراد غير المتساوين فى ذلك معاملة غير متساوية .

وهذا العدل التوزيعى هو الذى يفسر كون المواطنين لا يتساوون مساواة مطلقة فى الحصول على الوظائف العامة فى الدولة ، فليست مثل هذه الوظائف حقا مباحا لكل راغب فى شغلها ، وانما هى وقف على من هو أهل للمثلها وحمل اعبائها بما يتوافر له من معرفة وخبرة معينة . وهو الذى يفسر كذلك اعطاء الاجراء ذوى الاولاد — زياده على اجورهم الاصلية — اعانات عائلية تعينهم على تحمل هذا العبء العائلى وحرمان الاجراء غير ذوى الاولاد منها. وهو الاساس كذلك فيما أصبح شائعا فى العصر الحديث من فرض ضرائب تصاعدية ترنفع نسبتها بارتفاع قيمة وعائنها بحيث يفرق فى المعاملة بين المولدين المتفاوتين فى المركز المالى تفاوتا كبيرا بما يضمن تحقيق مساواة حقيقية فعلية بينهم فى قدر ما يمثل اقتطاع الضريبة من تضحية مالية ، لا مجرد مساواة شكلية بحته فى نسبة الاقتطاع المادية .

فمثل هذا النوع من العدل اذن لا ينفى مطلقا فكرة المساواة الواجب تحقيقها بين الافراد ، فهذه المساواة ما زالت هى أساس العدل التوزيعى ، ولكنها فقط مساواة فى القيم تضع كل فرد فى المكان العدل حسب حاجته أو قدرته أو كفاءته ، مما يسوى بين الافراد المتساوين فى الحاجة أو القدرة أو الكفاءة ويفرق بالتالى بين غير المتساوين منهم فى ذلك .

٨٧ - العدل الاجتماعي (La justice sociale) (١)

أما الصورة الثالثة من صور العدل ، وهي صورة «العدل الاجتماعي» (٢) فيقصد بها ذلك العدل الذي يسود علاقات الأفراد بالجماعة ، ولكن من حيث وجوبه على الأفراد للجماعة . فالجماعة في الواقع هي جسم واحد أعضاؤه الأفراد ولا يمكن لجسم أن يعيش إلا بنشاط كل عضو من أعضائه النشاط الواجب ، وهذا النشاط الواجب هو النشاط الذي ينسجم به كل عضو في بعث الحركة والحياة في الجسم . من أجل ذلك ، كمن للجماعة أن تفرض على الأفراد - باعتبارهم أعضائها - الواجبات التي يتحقق بقيامهم بها مصالح الجماعة وغيرها .

فأساس العدل الاجتماعي إذن هو اعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعة لا اعتباره كلاً قائماً بذاته . ومن هنا كان هدف العدل تسخير الجزء لخدمة الكل ، أي تسخير الفرد لخدمة الجماعة بقصد تحقيق الخير أو المصالح العام (le bien commun) .

وليس يقصد بالمصالح العام مصالح فرد من الأفراد ، ولا مصالح فريق أو طائفة من الأفراد . فذلك محض مصالح خاص . ولا يقصد به مجموع مصالح الأفراد الخاصة فالبعض لا يمكن أن يرد إلا على أشياء متماثلة لهمسا نفس الطبيعة والصفة ، ومثل هذه المصالح الخاصة متعارضة متضاربة فلا يمكن اضافتها بعضها إلى بعض للخروج بحاصل أو ناتج جامع . وإنما يقصد بالمصالح العام مصالح الجماعة ككل، بمعنى مصالح مجموع الأفراد كمجموعة مستقلة منفصلة عن أفراد مكوناتها . ومصالح مجموع الأفراد كوحدة مستقلة إنما يتولد من الاشتراك بين أفراد هذا المجموع في غاية واحدة فهو إذن مصالح

(١) راجع في ذلك :

Dabin, op. cit., Nos. 225 - 229. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 64, 65.

(٢) يطلق بعض الفقهاء على هذه الصورة اسم «العدل القانوني» (La justice légale) (انظر في ذلك : Dabin, op. cit., No. 235) .

مشترك بينهم أو صالحهم ككل ، بغض النظر عما لكل منهم — أفراد — من صالح خاص. فالفرد جزء من هذا الكل، والجزء يتلشى في الكل . ويطوى صالحه الخاص أمام صالح الكل أو الصالح العام . فالعدل الاجتماعى إذن هو العدل الواجب للكل على الجزء ، أو هو العدل المحقق لصالح الكل الاجتماعى أو الصالح العام .

وهذا العدل الاجتماعى هو الأساس المبرر للسلطة فى الجماعة تلك السلطة التى يقوم عليها نظام المجتمع. فباسم هذا العدل وتحقيقا للصالح العام ، يخضع الأفراد لسلطة الحكام ، ويملك الحكام على الأفراد حق السيادة أو الأمر دون معقب . وباسم هذا العدل كذلك ، يلتزم الحكام بتسخير سلطاتهم لتحقيق الصالح العام وحده فتقيد هذه السلطات بحدود هذا الصالح لا تعدوه الى غيره من المصالح .

وهذا العدل الاجتماعى هو الذى يبرر مطالبة الفرد بأداء ضريبة الدم والتضحية بحياته فى سبيل صالح المجموع ، وهو الذى يلزمه بالمساهمة فى تدعيم كيان الجماعة بأداء ما يقتضيه الصالح العام من ضرائب مالية .

وهذا العدل كذلك هو الذى يبرر المطالبة بعقاب السارق حتى ولو رد الشيء المسروق الى صاحبه ، فهذا الرد ، ان كان يرضى الصالح الخاص للمسروق منه ، ويحقق العدل التبادلى بإعادة المساواة التى أخلت بها السرقة ، فهو لا يرضى الصالح العام للمجموع لانه اخلال بما يجب من أمن ونظام فى المجتمع، فيكون للجماعة المطالبة بعقاب السارق لأكراهه على التكفير عن جرمه فى حقها بعبئه بصالحها .

٨٨ — اختزال صور العدل الثلاث المقدمة الى اثنتين : العدل الخاص ، والعدل العام

تلك هى صور العدل الثلاث عند جمهور الفلاسفة والفقهاء : عدل يجب للفرد على الفرد ، وعدل يجب للفرد على الجماعة ، وعدل يجب للجماعة على الفرد . غير أننا نرى من الأفضل اختزال هذه الصور الثلاث الى صورتين ..

اثنين ، بحسب ما اذا نظر الى الفرد باعتباره كائنا منفردا له كيان مستقل
اى كلاقما بنفسه ، او باعتباره كائنا اجتماعيا لا كيان له الا بالجماعة وفى
الجماعة كمضو من اعضائها اى باعتباره جزءا من كل . فعلى أساس هذه
التفرقة فى صفة الفرد ، يمكن التفرقة بين نوعين من العدل ، العدل الخاص
والعدل العام .

أما العدل الخاص فهو الذى يسود علاقات الافراد باعتبارهم أفرادا ، وهو
يقوم على أساس من المساواة التامة باعتبار أن كل فرد يساوى الآخر فيما له
من كيان مستقل . فتقوم علاقات الافراد اذن على أساس من تبادل الاحترام بين
الافراد كل منهم لكيان الآخر واستقلاله وحقوقه ، وذلك هو ما جرى الاصطلاح
على تسميته بالعدل التبادلى .

وأما العدل العام فهو الذى يسود علاقات الجماعة بالافراد باعتبارهم
اعضاء فيها ايا كان من يجب له العدل ، هو الجماعة أم الافراد . والعبرة فى
هذا العدل هى باعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعة ، والجماعة باعتبارها
هى الكل ، ينبغى لها عدلا أن تهيمن على الجزء ونشاطه بما يحقق نفع الكل
وخيره . وبذلك فالعدل فى العلاقة بين الجماعة والفرد انما يرمى الى تحقيق
الصالح العام ، لا عن طريق اقامة مساواة مطلقة حسابية وانما عن طريق
اقامة تفاضل بين القيم المتفاوتة للافراد — من حيث الحاجة أو القدرة أو
الكفاءة — بالنسبة الى صالح الجماعة وهذا العدل العام ، يشمل ما يعرف
بالعدل التوزيعى والعدل الاجتماعى على السواء (١) .

فالعدل الخاص اذن يقوم على أساس من التكافؤ لتساوى الافراد فيما
ينبغى لكل منهم من كيان مستقل . بينما يقوم العدل العام على أساس من
السيطرة ، فالجماعة تسيطر على الافراد باعتبارهم أعضائها ، والافراد
بهذا الوصف يخضعون لما يقضى به صالح الجماعة .

(١) راجع فى تحديد مضمون العدل العام على هذا النحو ، وانتقاد الشائع عند الفلاسفة
والفقهائين من قصر اصطلاح « العدل العام » على صورة « العدل الاجتماعى » وحدها ، وانكار
صورة « العدل التوزيعى » الى جوار صورة « العدل التبادلى » تحت اصطلاح « المصلح
الخاص » : كتابنا اصول الفنون ، هاشم « ١ » ص ١٦٨ .

مفكرة العمل انن معراوحة بين تحقيق التكافؤ بين الافراد بوصفهم افرادا (العدل خلص) ، وبين تحقيق السيطرة للجماعة على الافراد - بوصفهم أعضاء في الجماعة خمة للمصالح العام (العدل العام) . وهذا الفراوح بين تحقيق التكافؤ وتحقيق السيطرة استتبع تراوح الفئانون بين مذهبين يتنازعانه هما المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي ، وهو ما نوجز القول فيه على الوجه التالي :

١ - المذهب الفردي (١)

La doctrine individualiste

٨٩ - أسس المذهب الفردي

يقوم هذا المذهب على أساس أن الفرد هو هدف القانون الاسمي فما يوجد القانون الا لحماية حقوق الافراد وتمكينهم من التمتع بها . ذلك أن الفرد ليس موجودا لخدمة الجماعة ، بل الجماعة هي الموجودة لخدمة الفرد . فالفرد ليس جزءا من كل ، بل هو كل مستقل قائم بذاته ، لان طبيعته الانسانية تمنحه من الارادة والحرية ما يجعله سيد نفسه ومصيره . ولذلك لا تتصور الحقوق الا للافراد، اما الجماعة فلا يقع عليها الا مجرد واجبات ، واجب احترام حقوق الافراد وتمكين تمتعهم بها وواجب التوفيق بين هذه الحقوق عند تعارضها.

وحقوق الفرد عند هذا المذهب حقوق تفرضها الطبيعة له، فنولد معه ، ذلك انها حقوق لاصقة بصفة الانسانية التي تلحق الفرد . وهذه الصفة تلحق كل الافراد فلا تفرق بين احد منهم . ولذلك يولد الافراد جميعا متساوين في

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Waltne, L'individualisme et le droit, 2e éd., 1948. — Beudant, le droit individuel et l'Etat, 3e éd., 1920. — Duguit, op. cit., t. I, Nos. 18, 19. — Le Fir, Droit individuel et droit social, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 3 - 4, pp. 279 - 309. — Radbruch, Du droit individualiste au droit social, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 3 - 4, pp. 397 - 398. — Reubier, op. cit., Nos. 20 , 21, 26.

الحقوق متساوهم في الإنسية ، ولول هذه الحقوق هو الحرية . وهذا هو ما عبر عنه « إعلان حقوق الإنسان والمواطن » الفرنسي في مادته الأولى بقوله « يولد الناس أحراراً ومتساوين في الحقوق » .

فالأفراد إذن يدخلون في الجماعة بما تعطيه الطبيعة من حقوق متساوية ، وهذه الحقوق تفرض على الجماعة ، فلتتزم الجماعة باحترامها ، وكذلك تلتزم بفرض احترام هذه الحقوق على الجميع . غير أن وجود حقوق متقابلة متساوية لدى كل الأفراد ، قد يؤدي إلى تعارضها . وهنا يظهر واجب الجماعة أو الدولة ، كما تظهر ضرورة القانون ووظيفته ، في العمل على التوفيق بين الاستعمال المتعارض لهذه الحقوق . وهذا التوفيق لا يتأتى إلا بتقييد حقوق كل فرد بالقدر الذي يمكن غيره من استعمال نفس الحقوق (١) . فهي إذن تقييد متبادل بين كل فرد والآخر ، مما يحقق التكافؤ بين الأفراد ، ذلك التكافؤ الذي تدعو إليه وحدة الطبيعة ووحدة الحقوق بين الناس . وبذلك يقوم تكافؤ وتقابل بين مالكل فرد من حق ، وما على كل فرد من واجب . وتلك هي المساواة التامة المطلقة التي تحقق العدل الخاص أو التبادلي .

فالذهب الفردي إذن إنما عماده الحرية والمساواة المطلقة بين الأفراد ، ولذلك كان المبدأ عنده هو الحرية ، والاستثناء هو تدخل الدولة لتقييد هذه الحرية . ومن هنا كان هذا التدخل مقصوراً على قدر ضئيل هو القدر الضروري فقط لتمكين كل فرد من التمتع بحريته . وفي حدود هذا القدر الضئيل ، أي حيث لا تتعارض حرية الفرد مع حرية الآخرين ، يكون للفرد أن يعمل وينشط كما يشاء لتحقيق مصلحته الخاصة . ففي تحقيق المصالح الخاصة للأفراد أكبر ضمان لتحقيق المصلحة العامة للجماعة ، إذ المصالح العام - عند هذا المذهب - يتحقق آلياً بمجرد ارضاء المصالح الخاصة ، لأن الهدف الاسمي لكل جماعة هو تحقيق سعادة الفرد وخيره .

(١) وهذا ما عبرت عنه المادة الرابعة من « إعلان حقوق الإنسان والمواطن » الفرنسي بقولها : « الحرية هي عمل كل ما لا يضر بالغير . ولذلك ليس لاستعمال الحقوق الطبيعية لكل فرد من هود إلا تلك التي تكفل لباقي الإسماء في الجماعة التمتع بنفس الحقوق » .

وقد تأدى هذا المذهب، بنظرته المسترئية الى تدخل الدولة وحصر هذا التدخل فى أضيق نطاق مما يجعل دور الدولة مجرد دور سلبي، الى ترك الحرية للأفراد ينظمون علاقاتهم بمحض ارادتهم، أى الى اعتناق مبدأ سلطان الإرادة (L'autonomie de la volonté) . فاحتل المقعد دورا يفوق دور المشرع فى حكم العلاقات بين الأفراد . وأصبح شعار هذا المذهب أن ما تتعقد عليه ارادة المتعاقدين هو العدل .

فالأفراد — وهم يقفون على قدم المساواة القانونية أيا كانت الفروق الاقتصادية والاجتماعية بينهم — يستطيع كل منهم أن يرعى مصالحه بنفسه بماله من حرية الإرادة. وليس من وظيفة الدولة ولا من وظيفة القانون التدخل لإقامة وصاية على الأفراد فيما يريدون وفيما يعقدون من عقود، بدعوى حماية من أضرت به هذه العقود من المتعاقدين أو أخلت بصالحه . فما دام التكاثر قائما بين المتعاقدين والتساوى محققا بينهما من حيث توافر حرية الإرادة لدى كل منهما، فما يقضى به العقد هو العدل الملزم، ولا ينفع فى التحلل منه أن يكون قد لحق أحد المتعاقدين غبن فاحش، أو لزمته شروط جائرة مرهقة . وتلك على أى حال سنة الحياة، فالتنازع والتنافس بين مصالح الأفراد الخاصة، إنما ينحسم بقانون السوق لا بقانون الجماعة أو ارادة الدولة

فالثابت إذن أن المذهب الفردى كان يقنع بتحقيق التكافؤ بين الأفراد بإقامة مساواة مطلقة بينهم، على اعتبار أن كلا منهم شخص كالأخر له نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات، أى كان يقنع بتحقيق العدل الخاص أو التبادلى، دون أن يتناول الى تحقيق العدل العام بتمكين الجماعة من السيطرة على الأفراد سيطرة تنفذ فيهم حكم الصالح العام .

٩٠ — تفكير المذهب الفردى

كان ظهور المذهب الفردى طبيعيا وضروريا فى الزمان الذى ظهر فيه، حيث اشتد تحكم الدولة وكثرت الفوارق الطبقة بين الأفراد . ومن هنا، راج هذا المذهب وانتشر على يد فلاسفة وكتاب القرنين السابع عشر والثامن عشر، ثم

شق طريقه فهيمن على الثورة الفرنسية حتى اعترفت به اعترافا رسميا في وثيقة « اعلان حقوق الانسان والمواطن » . ثم ظلت له السيادة في عالم القانون والسياسة ، فوضعت في ظله وتحت تأثير تعاليمه أغلب التقنيات والقوانين التي صدرت في النصف الاول من القرن الماضي .

ولئن كان هذا المذهب لا ينكر فضله في الدعوة الى محاربة استبداد الدولة وطفيلاتها ، ولا يجحد أثره في التمهيد للاعتراف بقيمة الانسان ككائن حر للارادة والنشاط ، وتقرير المساواة بين الافراد في الحقوق والواجبات على السواء ، فان أخطاره مالبثت أن تكشف بما جره اطلاق الحرية للأفراد واطلاق المساواة بينهم من عواقب وخيمة ونتائج ظالمة . فانه اذا كانت طبيعة الافراد واحدة ، اذ تجمعهم الانسانية ، وهم من هذه الوجهة متساوون ، الا أن الطبيعة نفسها قد أوجدت بينهم من الفروق في الحاجة وفي القدرة ما يتعذر معه الإصرار على القول بمساواة مطلقة بينهم ، بل تكون المساواة المطلقة هنا ضربا من انكار الواقع .

واطلاق الحرية للأفراد ينظمون علاقاتهم كما تشاء ارادتهم — مع ما هو ثابت من عدم تساويهم في الواقع وخاصة من ناحية القوة الاقتصادية — أدى الى أن تصبح هذه الحرية أداة في يد الأقوياء لتشديد القبضة على الضعفاء وتسخيرهم لقضاء مصالحهم . فمكنت الحرية الاقتصادية لنمو الرأسمالية وازدياد خطرها ، مما جعل الرأسماليين قوة ضخمة تتحكم في العمال وتفرض عليهم من الشروط الجائرة والاجور البخسة ، مالم يكن لهم يد من قبوله أمام مطالب العيش الملحة ، وكل ذلك باسم الحرية والمساواة ومبدأ سلطان الارادة (١) . وكذلك مكنت حرية التعاقد بعض الافراد من التحكم في البعض الآخر عند اختلال التوازن بين العرض والطلب في لسوق اختلالا كبيرا ، فالملاك يتحكمون في المستأجرين، والبائعون في المشترين، بالارتفاع بالاجر أو الثمن ارتفاعا فاحشا . فضاقت الحرية الحقيقية للمتعاقدين، وأصبحت مجرد

املاء من طرفه على طرفه ، بعد أن جاز القول الفصل لقانون العرض والطلب .

وبذلك انتهى المذهب الفردى الى الاضرار بالصالح العام للجماعة ، وظهر فساد اعتقاده فى أن هذا الصالح يتحقق آليا بمجرد تحقيق الصالح الخاص ، فالافراد - وهم يجرون وراء مصالحهم الخاصة - لا يلتفتون بالا الى تحقيق الصالح العام ، بل كثيرا ما يحققون مصالحهم الخاصة على حساب الصالح العام . وتمكن بعض الافراد من تحقيق مصالحهم الخاصة على حساب البعض الآخر نظرا لما يملكون عليهم من قوة اقتصادية مهيمنة يخلق جوا من القلق والتوتر الاجتماعى ليس من صالح الجماعة وجوده .

كل هذه النتائج الظالمة التى افضى اليها تطبيق المذهب الفردى قد تولدت من أن هذا المذهب - وقد نبت للحد من طغيان الدولة فوضع أمام هذا الطغيان حاجزا مما سماه بالحقوق الطبيعية للانسان التى يقساوى فيها كل الافراد - قد أغفل حقيقة أساسية هى وجود الجماعة ، كوحدة تربط بين أفراد متعاونين متضامنين ، لا كمجرد اطار صناعى يضم أفرادا منعزلين مستقلين فلم ينظر الى الجماعة على أن لها حقوقا كما للافراد حقوق ، وأن لها صالحا يقتضيها التدخل لمنع طغيان بعض المصالح الخاصة على البعض الآخر نتيجة اطلاق الحرية للافراد مع انعدام التكلف الفعلى بين قواهم .

وبذلك ظهر أن العدل الخاص أو التبادلوى ليس بالعدل الذى يمكن أن تقوم عليه وجده قواعد القانون ، التى تفترض وجود الجماعة ككل مستقل عن أجزائه . فمثل هذا العدل - أن كان يكفى وحده فى العلاقات بين افراد منعزلين مستقلين - لا يصلح كأساس وحيد لحكم العلاقات بين افراد يكونون - كالأجزاء متماسكة - بناء جماعة واحدة ، ويجمعهم هدف واحد وصالح مشترك هو صالح هذه الجماعة .

كل أولئك أدى الى تكاثر الهجمات على المذهب الفردى عنيفة قاسية ، ومالبثت هذه الهجمات أن تجمعت وتبلورت حتى خرج منها « المذهب

الاجتماعي « الذي كان له أكبر الفضل في تطوير القانون والانتقال به وبالدولة من الدور السلبي الذي اضطررها اليه المذهب الفردي ، الى دور ايجابي يقوم على التدخل في نشاط الأفراد بما يحقق الصالح العام .

٢ — المذهب الاجتماعي (١)

٩١ — أسس المذهب الاجتماعي

يقدر ما كان المذهب الفردي متطرفا في تقديس الفرد كغاية في ذاته والاعتراف بحقوقه الى حد التغاضي عن حقوق الجماعة وصالحها ، بقدر ما جاء المذهب الاجتماعي متطرفا في الناحية المقابلة أي في تقديس الجماعة وتغليب صالحها على الصالح الخاص .

فالْمذهب الاجتماعي لا يعنى — كالمذهب الفردي — بالإنسان كفرد في ذاته منعزل ومستقل عن غيره من الناس ، ولكنه يعنى به ككائن اجتماعي مرتبط بغيره من الناس ومتضامن معهم في سبيل تحقيق صالح الجماعة التي تضمهم . فالجماعة إذن — لا الفرد — هي الهدف الاسمى من الوجود لانها غاية في ذاتها وليست أداة أو وسيلة لغيرها من الغايات ، ولذلك كانت هي القيمة العليا التي ينبغي حمايتها والتمكين لصالحها وخيرها .

ومن هنا ينبغي تسخير الأفراد لخدمة الجماعة ، فيساهم كل منهم بنصيب في تحقيق الصالح العام المشترك ، وهم بذلك يعملون على تحقيق مصالحهم الخاصة لان الصالح الخاص لكل فرد ينبغي أن يكون هو ننسر الصالح العام للجماعة باعتبار أن الفرد لا كيان له بنفسه ، بل كيانه بالجماعة التي هو عضو

(١) راجع في ذلك بمسلة خاصة :

Le Fur, article précité. — Radbruch, article précité. — Roubier, op. cit., Nos. 20, 22, 26. — Waline, op. cit., pp. 55 - 86.

ونفضل وصف هذا المذهب بأنه « اجتماعي » لا « اشتراكي » كما يفعل كثير من الفلاسفة والكتاب ، لأنه اذا كان يضم الاتجاه الاشتراكي فليس محصورا فيه ولا تاصرا عليه وحده .

من أعضائها، فتحقيق مصالح الجماعة يحقق إذن بالتبعية وآليا صالح الأفراد، لأن الخير الذي يصيب الكل يتوزع على الأجزاء . فنقطة الإبتداء إذن - إن كانت عند المذهب الفردى هى الفرد وصالحه الخاص باعتبار أن خير الفرد يستتبع خير المجموع وصالحه - تصبح عند المذهب الاجتماعى هى الجماعة وصالحها ، باعتبار أن خير المجموع هو الذى يستتبع خير الفرد وصالحه .

فالمحور الذى يركز عليه المذهب الاجتماعى هو اعتبار كل فرد جزءا من الجماعة ، لا مجرد انسان مستقل عن غيره من الأفراد . أى أن المذهب الاجتماعى لا ينظر الى الفرد - كما يفعل المذهب الفردى - باعتباره مجرد انسان لا يختلف عن غيره من الأفراد من هذه الناحية ، وإنما ينظر اليه ككائن اجتماعى ، أى كفرد له حقيقته الاجتماعية المختلفة عن حقيقة غيره من الأفراد أعضاء الجماعة ، من حيث الحاجة أو القدرة أو العمل أو القوة الاقتصادية أو الدور الذى يقوم به فى الحياة الاجتماعية ، أو بوجه عام ينظر الى الفرد باعتبار حالته من القوة أو الضعف الاجتماعى .

فالمذهب الاجتماعى يبصر إذن بالفروق الواقعية الموجودة بين الأفراد فى الحياة ، على خلاف المذهب الفردى الذى يغفل هذه الفروق لأنه لا يعنيه من الأفراد إلا أنهم محض أفراد مجردين من أى وصف آخر . من أجل ذلك قام المذهب الفردى على العدل الخاص أو التبادلى الذى يسوى بين الأشخاص ، بينما قام المذهب الاجتماعى على العدل العام (التوزيعى والاجتماعى) الذى يسوى بين مختلف القيم المتعلقة بالأشخاص وفقا لمقتضيات الصالح العام . وبذلك هجر المذهب الاجتماعى مبدأ التكافؤ بين الأفراد - الذى يدعو اليه المذهب الفردى ، والذى كثيرا ما يتقلب بفعل ظروف الحياة وأختلاف القوى بين الأفراد الى تسلط بعض الأفراد على بعض - واعتنق مبدأ السيطرة الذى يضمن التسلط - لا لفريق من الأفراد على فريق - ولكن للجماعة وحدها على أفرادها أعضائها ، بما يضمن فى ميزان الصالح العام التفاضل بين مختلف ما يتعلق بالأشخاص من قيم .

كل ذلك أدى بالمذهب الاجتماعى الى دعوة الجماعة الى تشديد قبضتها على الافراد والتدخل فى نشاطهم بما يحفظ الصالح العام ويحمى الضعفاء من تحكم الاقوياء ، فكبرت بذلك عنده مهمة الدولة وعظم اثر القانون وانبسط على مختلف آفاق النشاط فى الجماعة . فقلص بذلك أو كاد مبدأ سلطان الارادة وحرية التعاقد فى منطق هذا المذهب . اذ الصالح العام يخول للدولة أن تتدخل لاقامة مساواة حقيقية بين المتعاقدين لمنع تحكم فريق فى فريق بالاستناد الى قوة اقتصادية جبارة أو الاستفادة من ظروف العرض والطلب، المواتية .

٩٢ - تقدير المذهب الاجتماعى

ذلك هو فقه المذهب الاجتماعى ونتائجه . وليس ينكر عليه فضله فى كبح جماح الفردية المتطرفة وما تجره من طغيان الاقوياء وتحكمهم فى الضعفاء ، واهدار الصالح العام لحساب بعض المصالح الخاصة . ولكن المذهب الاجتماعى — كالمذهب الفردى — لم يخل من تطرف ومغالة: فان كان المذهب الفردى يضحي بالجماعة لصالح الفرد فيسخرها لخدمته وكفالة حقوقه وحرية ، فالمذهب الاجتماعى يضحي بالفرد لصالح الجماعة فيجمله وتفاعلى خدمتها ، ولا يتحرج فى سبيل ذلك من اهدار حرية الفرد ، وتشديد قبضة الدولة عليه — وهى تهيمن على كل نشاطه — تشديدا لا تؤمن عواقبه ، اذ لا يلبث أن يدفع بها الى التحكم والاستبداد .

٩٣ — ضرورة الجمع بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى (١) أو بين العدل الخاص والعدل العام

من كل ذلك نخلص بأن المذهبين الفردى والاجتماعى متطرفان كل منهما فى الناحية العكسية للآخر ، تطرفا يؤدى فى الناحيتين الى نتائج غير مقبولة .

(١) راجع فى ذلك بسنة خلسة :

Roubier, op. cit., No. 28, pp. 236 - 242. — De La ressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 56 - 60. — Le Fur, article précité. — Réglaide, op. cit., pp. 53 - 55.

فبينما يسوق المذهب الفردي - بمنطقه في تقديس الفرد وحرية - الى تحكم فريق من الافراد في فريق بما لهم من غلبة اقتصادية او اجتماعية ، يسوق المذهب الاجتماعي - بمنطقه في تقديس الجماعة وصالحها - الى تحكم الدولة واستبدادها وعصفها بحريات الافراد واهدائها لصالحهم الخاصة ، مما يلقى على الدافع الشخصي لدى الافراد فيما يقومون به من نشاط في الحياة فلا يلدث أن ينعكس أثر ذلك على الجماعة نفسها وعلى الصالح العام .

من أجل ذلك لا يتأتى الأخذ بمذهب من هذين المذهبين دون الآخر . فضلا عن أن كلا منهما إنما يعبر عن حقيقة أساسية لا ينبغي اغفالها في شأن تكوين القاعدة القانونية : فالمذهب الفردي يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن فردي له شخصيته وكيانه الذاتي واستقلاله عن غيره من الناس . والمذهب الاجتماعي يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن اجتماعي ، أي ككائن يعيش في الجماعة كعضو من أعضائها فيعتبر جزءا منها لا كيان له إلا بها . والخطأ إنما يأتي من قصر النظر الى حقيقة دون الأخرى ، فالقول بالمذهب الفردي إنما يغفل في الانسان اجتماعيته وخضوعه للجماعة وصالحها ، والقول بالمذهب الاجتماعي إنما يغفل فيه فرديته واستقلاله وحرية . بينما الانسان لا يمكن أن تتصور اجتماعيته دون فرديته والا صار مجرد آلة تعمل في جهاز ضخم كبير دون عقل أو ارادة ، وكذلك لا يمكن أن تتصور فرديته دون اجتماعيته ، والا انقلب الامر فوضى منطقها الغلبة للقوة .

كل ذلك يحكم الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي ، وإقامة قواعد القانون - على هدى هذا الجمع - بما يحقق التوازن بين طبيعة الانسان الفردية وطبيعته الاجتماعية ، مما يتيح تحقيق صالح الفرد دون اهدار صالح الجماعة ، والتمكين لخير الجماعة ولكن ليس على حساب حقوق الفرد وحرية . أي أن القواعد القانونية ينبغي أن توفر للفرد ما يحتاجه من كيان ذاتي مستقل عن طريق كفالة حرية وتمتعه بحقوقه ، وأن توفر للجماعة في نفس الوقت ما تحتاجه من كيان جماعي متماسك يتضامن فيه الافراد وتتصهر جهودهم خدمة للصالح العام المشترك بينهم . ويقدر توفيق القواعد القانونية

في تحقيق مصالح الفرد ومصالح الجماعة والموازنة بينهما بما لا يهدر أحدهما ، تكون صلاحيتها وقدرتها على اقامة العدل في الجماعة .

ومن هنا تظهر حقيقة العدل الذي ينبغي على القواعد القانونية تحقيقه . فليس هو مجرد العدل الخاص الذي يقوم على أساس التكافؤ بين الافراد فيستهدف تحقيق المساواة المطلقة بين أشخاصهم ، فقد رأينا ما يجره مثل هذا العدل - وقوى الافراد متفاوتة أشد التفاوت في الواقع - من تحكم الاقوياء في الضعفاء ، واهدار المصالح العام لحساب المصالح الخاص . وليس هو مجرد العدل العام الذي يقوم على أساس سيطرة الجماعة على الافراد وسيطرة الكل على الجزء فيستهدف تحقيق المصالح العام دون اعتبار للمصالح الخاص ، فقد رأينا ما يجره مثل هذا العدل من تحكم الدولة وكبت الحريات واهدار حقوق الافراد . وانما هو مزاج بين هذا العدل وذلك ، أي مزاج بين ما يجب من تكافؤ الفرد وتساويه مع غيره من الافراد مساواة مطلقة في الحقوق والواجبات ، وبين ما يجب من تسخير الفرد لخدمة الجماعة واخضاعه - تبعا لذلك - لمقتضيات المصالح العام ، مما لا يتحقق به مساواة مطلقة بين الافراد ، وانما مجرد مساواة نسبية تكون العبرة فيها بتساوي القيم التي تخلق الافراد من حيث درجة تحقيقها للمصالح العام .

فالتوازن اذن ينبغي ان يتحقق بين العدل الخاص والعدل العام ، بمعنى ان يحذل كل منهما من التطرف الذي قد يندفع اليه الآخر . فالمساواة المطلقة ان كانت واجبة بين الافراد - الا ان على الجماعة ان تتدخل للحد مما قد يفضي اليه هذه المساواة من اضرار بالمصالح العام . والمصالح العام - ان كان يبيع للجماعة فرض سيطرتها على الافراد وتسخيرهم لخدمتها مما قد يهدر بعض المصالح الخاصة - الا ان سلطة الجماعة في هذا الشأن ليست مطلقة ، بل هي مقيدة باحترام مقومات الفرد الاساسية . أي ان الحرية والمساواة بين الافراد انما يعد من اطلالها وانطلاقتها المصالح العام . وسيطرة الجماعة وهيمنتها

على أعضائها باسم الصالح العام إنما تتقيد باحترام حقوق الفرد
الجمهورية (١) .

وأيا كان الامر ، فالاتجاه اليوم في القانون الحديث في كثير من الدول هو
الجمع بين المذهبين الفردي والاجتماعي بما يوازن بين العدل الخاص والعدل
العام . وان يكن المذهب الاجتماعي هو السائد بصورته المطلقة في بعض لدول
التي تقتصر فيها الشيوعية أو الفاشية أو النازية ، حيث يعتبر هو مجرد العدل
العام عن طريق تحقيق الصالح العام وحده ، باعتبار أن الفرد ما هو الا كائن
اجتماعي لا وجود له الا في الجماعة وبالجماعة ، فلا يتصور له صالح غير
صالحها مما يجعله مسخرا في خدمتها . أما المذهب الفردي الذي كان سائدا
حتى أواسط القرن الماضي في قوانين أغلب الدول فقد تقلص اليوم ظله بما كان
عليه من صورة مطلقة . لا تعرف من العدل الا العدل الخاص ، بعد أن تكشفت في
العمل أخطاره واضراراه ، فدخلت النزعة الاجتماعية في هذه القوانين تكبح
جماح الفردية البصارخة وتحد مما يجره العدل الخاص من نتائج ظالمة عن
طريق موازنته بالعدل العام .

فالقانون المدني الفرنسي مثلا الذي مازال معمولاً به الى اليوم ، صدر في
مفتتح القرن الماضي مشبعا بروح المذهب الفردي وقام في أغلب قواعده على
اساس العدل الخاص . ولكن القضاء الفرنسي لم يقف مكتوف اليدين أمام
أخطار الفردية المطلقة . فما لبث أن أفسح المجال للمذهب الاجتماعي وللعدل
العام يوازن به العدل الخاص ويحد من غلوائه ، حتى غدا التقنين المدني
الفرنسي بعد قرن ونصف من الزمان من صدوره — بعيدا عن النزعة الفردية
المطلقة التي تبث في ظلها .

وكذلك الشأن في **القانون المصري** : فلقد كان للقضاء المصري جهد مشكور
في الحد من النزعة الفردية المطلقة التي ورثها التقنين المدني القديم عن التقنين

(١) في هذا المعنى :

Réglade, op. cit., pp. 54, 55. — Roubier, op. cit., No. 28, p. 242.

المدنى الفرنسى ، بما أقر من نظريات اجتماعية الصبغة كخطرية التعسف فى استعمال الحق . ثم جاء التقنين المدنى الحالى صورة من الاعتدال بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، فلا هو يسخر الفرد لخدمة الجماعة ولا هو يضخى بصالح الجماعة لمصلحة الفرد^(١)، وإنما يقيم توازنا بين حقوق الفرد وحرية كما يحتم احترامها العدل الخاص ، وبين حقوق الجماعة وصالحها كما يفرض احترامها العدل العام .

فلئن يكن يعترف بحرية الإرادة وسلطاتها فى ترتيب الآثار القانونية ، إلا أنه لا يطلق لهذه الحرية العنان ، بل يورد عليها من القيود ماتحتبه رعاية الصالح العام: فإرادة المتعاقد مقيدة بالأا تستغل فى شخص المتعاقد الآخر طيشا بينا أو هوى جامحا ، توصلنا الى غيبه وتحمله بالتزامات لا تتعامل البتة مع ما يحصل عليه من فائدة (م ١٢٩). والإرادة كذلك مقيدة فى حالة عقود الإذعان التى يقتصر القبول فيها على تسليم طرف بما يضعه الطرف الآخر من شروط مقررة لا يقبل المناقشة فيها ، كعقود توريد النور والماء والغاز ، فلقاضى - اذا كانت هذه الشروط تعسفية - أن يعد لها أو يعفى الطرف المذعن منها (م ١٤٩)

ولئن يكن التقنين المدنى الحالى كذلك يعترف بالحقوق للأفراد ويكفل تمتعهم بها واستعمالهم لها ، فيحمى بذلك الفرد فى أخصى مقومات كيانه ، إلا أنه لا يغفل حماية الجماعة من خطر الاستعمال المطلق للحقوق والتعسف فيه ، فيخضع استعمالها لرقابة القضاء (م ٤ و ٥) .

وكذلك فإن التقنين الحالى لا يقنع بتطبيق العدل الخاص فيأمر بتنفيذ العقد رغم تغير الظروف ، بل يجيز للقاضى - اذ طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وقت التعاقد ، مما يصير معه التنفيذ مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، أن يرد الالتزام المرهق للمدين الى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين (١٤٧ - ٢) .

(١) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٩٦ .

وكذلك فإن المشرع المصرى حصل عن اطلاق مبدأ سلطان الارادة فى تنظيم عقد الصل و حكم العلاقة بين أصحاب الصل والصل ، فتدخل فى هذا المجال بتشريعك ونصوص آخرة سد يضمهما الاى « قانون الصل » و « قانون التامينات الاجتماعية » بما يحفظ حقوق الصل ومصالحهم ويمنع استغلال أصحاب الصل لهم ،

وكذلك اضطر المشرع المصرى - أمام اشتداد أزمة المساكن ومبالاة ملاكها فى الارتساع بإجراءاتها ارتفاعا بالفسا من التعطل أكثر من مرة لفرض تخفيضات كبيرة لأجرة المساكن ، دون أن يترك مبدأ سلطان الارادة يشمل حركته فى هذا المجال ، وهو بذلك يحقق الصالح العام للجماعة ويترك فى نفس الوقت للملاك القدر العادل المشروع من الأجرة .

ثم اتجه لهذا الاتجاه الوسط بين النزعتين المتطرفتين الفردية والاجتماعية أن يستقر ويتأكد فى أخل المناطق حساسية وأكثر الموضوعات محكا للاختلافات بين النزعتين . فعند ما فدت الاشتراكية الحربية هى المذهب الرسمى للدولة نشط التشريع فى تحقيق أهدافها من كفالة الصالح العام للجماعة دون اهدار لصالح الفرد أو حقوقه محققا بذلك توازنا عادلا بين النزعة الاجتماعية المتطرفة والنزعة الفردية الصارخة : فقوانين التأمين المختلفة تمكن الدولة من السيطرة على الانتاج وتوجيهه أساسا لصالح الجماعة ، ولكن ذلك لا يعنى اهدار حقوق حملة هذه الاسهم ، فالدولة لم تستول عليها مصادرة دون تعويض ، وإنما التزمت بسداد قيمة ما آكل اليها منها بموجب سندات اسمية عليها لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤ فى المائة سنويا. وكذلك الشأن فى باقى التشريعات الأخرى التى قررت تخصيص نسبة ٢٥ فى المائة من الأرباح المدة للتوزيع لموظفى وعمال الشركات المساهمة وشركات التوصية بالاسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة والاحتفاظ بالباقى أى ٧٥ فى المائة من هذه الأرباح للمساهمين (١) ، وحظرت تعيين أى شخص فى أكثر من وظيفة واحدة سواء فى الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات أو الجمعيات أو المنشآت

الأخرى (١) - فكل هذه التشريعات قد استهدف المشرع من وراءها تحقيق الصالح العام ، بتأمين الدولة من إدارة الاقتصاد وتخطيطه وفق ما يملكه قد الصالح ، وبالتقريب بين دخول الأفراد تمهيدا لتكوين القوارى بين الطبقات ، وبمجازاة نفوذ واستغلال كبار الملاك والرأسماليين والاقطاعيين ، ولكنه كان حريصا فيها على عدم إهدار مصالح وحقوق الأفراد الذين يضارون منها إهدارا كاملا كقيما بالحد منها بالتدريج لتحقيق هذا الهدف .

٩٤ - القوانين الوضعية المخالفة لفكرة العدل

إذا كان العدل هو أساس القاعدة القانونية والعنصر الأهم في تكوين جوهرها ، فمقتضى ذلك أن القانون الوضعى ينبغى أن يستلهم فى أحكامه مبادئ العدل ، وأن يتقيد بها فيما يقرر من تكاليف ، فلا يخلو من مبادئ ولكن يحدث كثيرا فى العمل أن يتضمن القانون الوضعى أحكاما ظالمة تناقض المثل الأعلى للعدل . وهنا تتنازع الأمرأت قوتان : قوة الدولة أو قوة الجماعة المادية التى تفرض طاعة القانون الوضعى ، وقوة العقل المعنوية التى تفرض طاعة المثل الأعلى للعدل . وبين هاتين القوتين تتوزع وتتراوح آراء الفلاسفة والكتاب والفقهاء (٢) .

فمنهم من يغلب قوة العدل على قوة السيلطان ، فيبيح تحدى قوى الدولة فيما تفرضه من قوانين ظالمة ، ويتدرج فى ذلك من مجرد العصيان الى الثورة ، وهو ما اعتد عليه الثوارون الفوضوية لطمعهم من حقوق الإنسان الذى اعتبرت بعض دساتيرها حق الثورة على الظلم والظلمة من ضمن الحقوق . ولكن هذا الحل - وأن يكون حلا منطقيا تمليه هيمنة فكرة العدل على القانون الوضعى - إلا أن الاعتراف به كحل قانونى قد يبذر بذور الفوضى فى الجماعة ، فيتحذه كل

(١) القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٦١ .

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. IV, Nos. 283 - 300 — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, notamment Nos. 219 - 237. — Roubier, op. cit., No. 19, pp. 178 - 184. — Duguit, op. cit., t. III, notamment Nos. 98, 101.

فريق أداة لتحقيق اغراضه واهوائه لا لتحقيق العدل في ذاته ، كما قد يغرى الافراد بكثرة الالتجاء اليه مما يضعف سلطان الدولة وهيبتها فيفقد العدل بذلك القوة التي تحرسه وتكفل احترام أحكامه في الجماعة .

من أجل ذلك يتجه الفقه الحديث الى البحث عن حل داخل نطاق النظم القانونية الوضعية نفسها فيضع أملة في القضاء ، وينتظر منه شل القوانين الظالة عن طريق رقابته لدستوريتها أى البحث في مدى موافقتها للدستور الذى يتضمن عادة كثيرا من مبادئ العدل وقواعده أو على الاقل ينتظر منه الحد من مدى هذه القوانين الظالة بما يملك من حرية واسعة في التفسير .



٩٥ - خلاصة هذا الباب

على هذا النحو نكون قد انتهينا من الباب الاول في بيان العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، أو في بيان تكوين القاعدة القانونية من حيث الموضوع . وقد رأينا ان هذا التكوين انما يرد الى عنصرين اثنين : عنصر الواقع من حقائق الحياة في الجماعة ، وعنصر المثل الاعلى للعدل، الذى يقوم هذا الواقع ويفرض الواجب فيه . وهذا مذهب يتوسط بين فقه المدرستين المتقابلتين في التطرف في هذا الصدد ، المدرسة الواقعية والمدرسة المثالية .

القاعدة القانونية انن ينبغي ان ترضى — بما يوافق العدل — ما يكشف عنه الواقع من حاجات الجماعة والافراد فيها .

الباب الثاني

شكل القاعدة القانونية

٩٦ - تمهيد وتقسيم

تكلّمنا في الباب السابق عن جوهر القاعدة القانونية والعناصر المكونة له غير أن هذا الجوهر — ككل مادة أولية — يحتاج إلى إعطائه الشكل أو التعبير الذي يصلح به في التطبيق العملي . فهو يعرض عاما مبهما ، فيحتاج إلى تحديد مضمونه تحديدا عمليا عن طريق الصياغة الفنية الدقيقة . وهو يعرض كذلك مجردا من قوة عملية تلزم الأفراد به وتحملهم جبرا على احترامه ، فيحتاج إلى سلطة تفرضه وتعطيه قوة الإلزام الإيجابية في نطاق العمل ، أي تعطيه صفة القواعد القانونية الوضعية .

من أجل ذلك نقسم هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول — في صياغة القاعدة القانونية .

الفصل الثاني — في إعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة في العمل .

الفصل الأول

صياغة القاعدة القانونية (١)

٩٧ — دور الصياغة وأهميته في تكوين القاعدة القانونية :

قلنا أن القاعدة القانونية تتكون أولاً كجوهر أو مادة أولية، مما يمل به المثل الأعلى للمعدل في شأن ما يفصح عنه واقع الحياة الاجتماعية من حاجات مختلفة . فكان الجوهر إذن يحدد الغاية الواجب إدراكها في شأن هذه الحاجات . وهذه الغاية لابد لها — كي يتحقق — من وسائل وأدوات معينة . هذه الوسائل والأدوات هي أساليب الصناعة أو الصياغة التي تخلق من الجوهر الأولى قاعدة عملية تصلح للتطبيق في الحياة الاجتماعية . ومثلها في صناعة القاعدة القانونية وصياغتها كما يفصح عنها جوهرها كمثل آلات المصانع وعددها التي تمتد إلى مادة أولية كالقطن مثلاً لتحليله إلى ما هو مهياً له من نسيج يصلح للاستهلاك الإنساني .

فصناعة القاعدة القانونية وصياغتها إذن عملية ضرورية لترجمة جوهرها الأولى الفطري وتحويله إلى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلي في المجتمع الذي توجد لتنظيمه ، عن طريق استعمال وسائل وأدوات معينة كغاية بهذا التحويل . وبذلك يمكن تعريف الصناعة أو الصياغة القانونية (la technique juridique) بأنها مجموع الأدوات التي تخرج القاعدة القانونية إلى الوجود العملي أخرجاً يحقق الغاية التي يفصح

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. III. — Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé, 1935; Théorie générale du droit, Nos. 166 - 198. — Perrot, De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 59 - 63.

عنها جوهرها ، أو أنها هي عملية الإخراج الفعلي للقاعدة القانونية بما يحقق الهدف من فرضها .

والصناعة أو الصياغة القانونية على هذا النحو تنحصر مهام من عناصر تكوين القاعدة القانونية فهي التي تغطي لها الشكل العملي على الشكل الذي تصلح للتطبيق في نطاق العمل . ومن هنا يتوقف على الدقة في الصياغة القانونية وتخير أدواتها ، جانب كبير من نجاح القاعدة القانونية ووقوفها . فلن تؤدي مثل هذه الصياغة الغرض منها إلا إذا اخترت أدواتها اختيارا يضمن — على أفضل وجه وأحسنه — التحقيق العملي للجوهر الأولى للقاعدة القانونية . ذلك أن الصياغة لا يعمد إليها إلا للتعبير تعبيرا فنيا عمليا عن هذا الجوهر ، فهي إذن مسخرة في خدمته وبما يحقق غايته .

وسنعرض فيما يلي لأنواع الصياغة القانونية ثم لطرقتها المختلفة .

البحث الأول

أنواع الصياغة القانونية

٩٨ - تمهيد

إذا كانت الصياغة تعمد إلى تحديد مضمون القاعدة القانونية تحديدا عمليا ، فإنها تتراوح بهذا التحديد نزوحا كبيرا بين الأحكام الصارم وبين الأسلاس المرن . فهي قد تحدد هذا المضمون تحديدا جامدا محكما يربط القاضي ويقيد تقييدا صارما ، وهي قد تترخص في تحديد هذا المضمون ترخضا يترك للقاضي حرية واسعة وسلطانا كبيرا في التقدير والتطبيق . فالصياغة القانونية إذن نوعان : صياغة جامدة *rigide* ، وصياغة مرنة *souple* ، فنعرض على التوالي لكل من هذين النوعين .

٩٩ - الصياغة الجامدة

تواجه هذه الصياغة فرضا معينا تعطيه جلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تدرج تحت الفرض . ولذلك فهي تحقق

ثبتت القاعدة القانونية سواء بالنسبة الى الوقائع الخاضعة لها او الحل المطبق عليها . ومن هنا يكون عمل القاضى ، الذى يدعى الى تطبيق قاعدة قانونية ذات صياغة جامدة ، عملا شبه آلى . اذ تقيده هذه الصياغة بتحديداتها الصارم المحكم تقييدا لا يستطيع معه الا أن يتثبت من حصول الوقائع التى تدرج تحت ما تتضمنه القاعدة من فرض معين ، وحينئذ لا يملك الا ان يعطيها الحل الثابت الذى تتضمنه هذه القاعدة .

فالقواعد التى تحدد مواعيد الطعن فى الاحكام ، بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس اعادة النظر قواعد تصاغ صياغة جامدة مقيدة للقاضى ، اذ بفوات الميعاد المحدد لا يملك القاضى الا الحكم بعدم قبول الطعن المرفوع بعد الميعاد . وكذلك تبدو الصياغة القانونية الجامدة فى القاعدة التى تقضى بأن كل شخص جاوز الحادية والعشرين سنة ولم يحجر عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية (م ٤٤ مدنى) ، وفى القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز الاتفاق على البقاء فى الشيوع ومنع قسمة الشيء الشائع لمدة تجاوز خمس سنوات (م ٨٣٤ مدنى) .

١٠٠ — الصياغة المرنة

لا تعطى هذه الصياغة للقاعدة القانونية صفة ثابتة محددة وانما تعطىها نوعا من المرونة والاستجابة لظروف العمل المختلفة تتسع به — عند التطبيق — لادخال الملاحظات الخاصة بكل حالة فردية فى الاعتبار . فهى اذن لا تضع للقاعدة القانونية حلا ثابتا واحدا لا يتغير بتغير الحالات التى تدرج تحت الفرض الذى تواجهه ، وانما تقتنع باعطاء القاضى معيارا متوسطا للسلوك يستهدى به فيما يعرض عليه من اقضية، فيقوم بموافقته على خصوصيات كل حالة أو قضية تعرض امامه مما يمكنه من تنويع الحلول والتفاوت بهابتفاوت الحالات وتفاوت ظروفها وملابساتها . وبذلك تبسط الصياغة المرنة للقاضى فى حرية التطبيق ، فتمنحه — بما ترسم من موجه عام — سلطة تقديرية واسعة .

ومن أمثلة الصياغة المرنة القاعدة التى تخول للجار الرجوع على جاره بطلب إزالة ما يسببه له الجار من مضار تتجاوز الحد المألوف أو التعويض عنها (م ٨٠٧ — ٢ مدنى) . فمثل هذه الصياغة لا تقيد القاضى بقاعدة جامدة ثابتة فى شأن اضرار الجوار بل تترك له حرية واسعة فى تقدير هذه الاضرار مستهديا بما ترسمه من موجه عام ومعيار مرن هو معيار المضار المألوفة فى الجوار . فيستطيع بذلك مطابقة مثل هذا المعيار الرن على خصوصيات كل حالة فردية من حالات النزاع الناشئ عن الجوار معتدا فى ذلك بالظروف والملابسات الخاصة كطبيعة العقارات وموقعها والغرض المخصصة له . وقد مكنت مرونة هذا المعيار القضاء من مواجهة ما استتبعه التقدم الصناعى فى العصر الحديث من أنواع جديدة من المضار غير المألوفة للجوار واعطائها ما يناسبها من حلول (١) .

وكذلك تعتبر من أمثلة الصياغة المرنة القاعدة التى تجيز للواهب الالتجاء الى القضاء طالبا الترخيص له فى الرجوع فى الهبة متى كان يستند الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ / ٢ مدنى) . فمعيار العذر المقبول الذى ترسمه هذه القاعدة معيار مرن كل المرونة ، يبيع للقاضى الكشف عما يعتبر عذرا مقبولا بالنسبة لكل حالة على حداثا أخذًا بالظروف والملابسات الخاصة المحيطة بها .

وكذلك فمعيار الباعث المشروع ومعيار المدة المعقولة اللذان يقاس بهما صحة ما قد تتضمنه العقود أو الوصايا من شروط منع التصرف فى الاموال (م ٨٢٣ مدنى) من أمثلة الصياغة التى تمكن القاضى من تقدير صحة مثل هذه الشروط حسب ظروف كل حالة وملابساتها .

١٠١ - مقارنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة

الواقع أن الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية لا تحقق الا فكرة العدل

(١) راجع فى ذلك كتابنا « الحقوق العينية الاملية » احكام حق الملكية » ، ١٩٦٥ ،
مقبرة ٩٩ ، ص ٣٢٥ وما بعدها .

إنجريد ، لأنها لا تواجه إلا فرضاً مجرداً ، فلا تملك بالتبعية إلا إعطاء مجالا
مجرداً . فمثل هذه الصياغة لا تدخل في اعتبارها لميز كل حالة فردية من
خصوصيات ، وإنما تجمع الحالات الفردية التي تندرج تحت فرض معين في
نموذج واحد مجرد رغم اختلاف هذه الحالات في الظروف والملايسات ، وتعطى
لهذا النموذج حالا واحدا يصدق على كل ما يندرج تحته من حالات فردية
مختلفة . فالقاعدة التي تحدد كمال الاهلية ببلوغ الشخص سن الحادية
والعشرين ، أنها تحقق عدلا مجردا ، لأنها تحدد نفس السن لكل الأفراد
دون اعتداد باختلافهم وتفاوتهم في درجة النضج والقدرة على مباشرة هذه
الحقوق ، فمنهم من يتقدم به الرشد الحقيقي عن السن المقررة ، ومنهم من
يتأخر به هذا الرشد عن تلك السن . ولئن تكن للصياغة الجامدة من
ميزة ، فهي أن مثل هذا العدل المجرد الذي تستهدفه يحقق الثبات والاستقرار
والامن في المجتمع .

أما الصياغة المرننة فتستهدف تحقيق العدل الفعلى أو الواقعى ، دون أن
تقتنع بتحقيق العدل المجرد ، فأنها — بما تضع من موجه عام أو معيار مرن —
تمكن القاضي من تكيف هذا الموجه أو مطابقة هذا المعيار على خصوصيات كل
حالة توصلنا إلى اعطائها الحل المناسب لها . أى أن الصياغة المرننة لا تحقق
العدل بالنسبة إلى نموذج مجرد كما تفعل الصياغة الجامدة وإنما تحققه
بالنسبة إلى حالات واقعية مختلفة . ومن هنا كان العدل الذى تحققه الصياغة
الجامدة عدلا متوحدا لا يختلف باختلاف الحالات الفردية المنزوجة تحت
النموذج المجرد ، وكان العدل الذى تحققه الصياغة المرننة عدلا يتفاوت ويتفاوت
الظروف والملايسات الخاصة بكل حالة . وبذلك يمكن القول بأن الصياغة
الجامدة إنما هي وسيلة لتحقيق العدل « la justice » ، بينما الصياغة
المرننة هي إحدى وسائل تحقيق العدل « l'équité » . (١)

(١) يطلب « العدل » عن « العدالة » ، ذلك أنه رغم تماثلها على مبدأ المساواة في معاملة
المخاطبين بأحكام القانون ، إلا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل هي مساواة جامدة
مجردة تبنى على أساس الوضع الغالب في الحياة دون اعتداد بتفاوت الظروف أو اختلاف
الجزئيات في الحالات المتباينة . بينما المساواة التي تقوم عليها فكرة العدالة هي مساواة
مجسمة واقعية تقوم على أساس التماثل في المعاملة للحالات المتماثلة . إذا تماثلت كذلك هذه
الحالات في ظروفها الخاصة وجزئياتها الواقعية .

فالصياغة المرنّة في بعض قواعد العقوبات تمكن القاضي من تحقيق العدالة :
فعدم تحديد العقوبة بقدر ثابت وحصرها بين حدّين ، حد أقصى وحد أدنى ،
يمكن القاضي من التراوح بالعقوبة بين هذين الحدّين حسب ما تملّيه ظروف كل
حالة . . . واجازة تخفيض العقوبة إذا وجدت ظروف أو أعاذل مخففة ، . . . تمكن
القاضي من النزول بالعقوبة والتدرج في هذه الفزول حسب ما تملّيه ظروف كل
حالة من ضرورة استفعال الرأفة . . . وكذلك فالصياغة المرنّة تعكس القاضي من
مراعاة العدل في شأن أضرار الجوارح الذي يستطيع مطابقة معياره الأضرار
المألوفة . . . على عمله يعرض إشاعه من حالات . . . وتعددية الأضرار التي تجاوز
المألوف في كل حالة تنبها للظروف الخاصة بها . . . والحكم فيمكن بحالة بما
يناسبها من الأمل بإزالة الضرر المجاوز للمألوف أو التعويض عن ضرورة
تحمله بمبلغ من المال . . . وكذلك تمكن الصياغة المرنّة القاضي من تقدير ما يخطئ
بكن وأهب يطلب الرجوع في الهبة من ظروف خاصة تبرر هذا الرجوع فتعقبن
من قبيل : العذر المقبول . . .

وفي كل هذه الحالات حيث تمكن الصياغة المرنّة من تحقيق العدل الواقعي
أو العدالة دون الوقوف عند تحقيق العدل المجرد ، تكون القاعدة القانونية
المرنة إذن قدرة على مسابرة التطور الاجتماعي ومواجهة ما يطرأ من وقائع
وحالات جديدة (١) ، بخلاف القاعدة القانونية الجامدة التي تكفي بتحقيق العدل

= والاصل أن القانون يستهدف تحقيق العدل ، ولا يستهدف تحقيق العدالة إلا استثناء .
ولذلك فهو حين يصدر مثلا إلى تعقيد من الرشد لا يترك الأمر إلى القضاء ينظر في كل
حال بخصوصها ليحدد سن الرشد على ضوء ظروفها . . . وإن يكن في ذلك تحقيق للعدالة نظرا
إلى تفاوت الناس في النضج العقلي وتأخر تبلّبه عند بعض وتبكره عند بعض آخر . . . ولكن
القانون يكتفي بإقامة توازن بين هؤلاء الناس المتفاوتين في النضج العقلي على أساس الوضع
الاشاعي عنهم . . . ويتوسط سن هذا النضج بينهم . . . ليحدد الرشد بمن الفاعلة عشرة كما يفضل
بعض المشرعين أو بمن الحادية والعشرين كما يفعل المشرع المصري . . . وليس يخفى ما قد
يكون في هذا التحديد الجلبه العام من ظلم على بعض الناس مبكر النضج العقلي . . . أو ما قد
يكون فيه من محاباة لبعض آخر بطول هذا النضج . . . ولكن رغم ذلك عدل يقتضيه تحقيق النظم
والاستقرار في الجماعة (انظر كتابنا « أصول القانون » فقرة ١١ ، ص ٢٠ و ٢١) .

(١) قد يأخذ على الصياغة المرنّة بعض خصومها أنها — بما ترك للقاضي من سلطة
واسعة في التقدير — لا تثبت أن تعود إلى التحكيم ، مما يعمّر معه إشاعة ما يجب من أمن
وايترار في الميولات . . . غير أن هذا الخوف من تحكيم القضاء ، ليس فيه ما يبرره . . . فالتضاء
قد أثبت دائما — وهو الأمين على تطبيق القانون — أنه يوزن أبعابه بميزان دقيق يعلو على

المجرد ، فتجمد عن متابعة التطور الاجتماعى قانعة بتحقيق الثبات والاستقرار .

وأيا كان الرأى فى المفاضلة بين الصياغتين : الجامدة والمرنة ، فالثابت أن القانون محتاج اليهما معا حاجة المجتمع الى الاستقرار والتطور على السواء . فكل من الصياغتين يحقق أحدى هاتين الغايتين على حساب الغاية الأخرى . فالصياغة الجامدة — ان كانت تحقق الاستقرار — الا أنها تضطر الى تحقيقه على حساب التطور ، فتجمد بالقاعدة القانونية عن مواجهة ما يجد من حالات ، وتقنع بتحقيق عدل مجرد يواجه أوضاعا مجردة دون اعتبار للظروف والملابسات الخاصة . والصياغة المرنة — ان كانت تؤهل القاعدة القانونية للتكيف وفق الظروف الخاصة ومسايرة التطور الاجتماعى — الا أن ذلك يتم على حساب الاخلال بالاستقرار والامن فى المعاملات .

فالحاجة اذن مزدوجة الى الصياغة الجامدة والصياغة المرنة على السواء . ولكن مجال الصياغة الجامدة ما زال أفسح وأرحب من مجال الصياغة المرنة ، اذ ما زالت اعتبارات الاستقرار فى المجتمع غالبية على اعتبارات التطور به ، بحيث يمكن القول ان القاعدة الجامدة (règle rigide) هى نموذج القواعد القانونية فى الاصل ، أما القاعدة المرنة أو المعيارية (standard) فمجرد استثناء يلجأ اليه فى الحالات التى يستعصى الامر فيها على التحديد الثابت الجامد ازاء ما هى عليه من تطور مستمر وتفاوت واضح فى الظروف والملابسات الخاصة .

وفى القانون المصرى ، ما زالت الغلبة للقواعد الجامدة على القواعد المرنة أو المعيارية . وان يكن التقنين المدنى الحالى قد أفسح المجال لبعض قواعد معيارية يستهدى بها القاضى فى التفاوت بالطول حسب التفاوت فى الظروف

= كل مظنة أو تحكم . فضلا عن أن وجود محكمة النقض أو التمييز — وهى الرقابة على صحة تطبيق القانون — تكيل بتوحيد اتجاه المحاكم توحيدا يتم على القصد والاعتدال فى استعمال ما تمنحها الصياغة المرنة من سلطة تقديرية واسعة .

والملابسات المحيطة بالقضايا المرفوعة امامه . فمن ذلك — فضلا عما سبق بيانه من معيار «العذر المقبول» فى الرجوع فى الهبة ، ومعيار « المضار المألوفه الجوار » ، ومعيار « الباعث المشرع » و « المدة المعقولة » فى شأن الشروط المانعة من التصرف — معايير أخرى من أهمها معيار « الغلط الجوهري » (م ١٢٠ مدنى) ، ومعيار « التدليس الجسيم » (م ١٢٥ مدنى) ، ومعيار « الرهبة القائمة على أساس » (م ١٢٧ مدنى) ، فى الوقوف على ما يشوب الارادة من عيب يجيز ابطال العقد . وكذلك معيار « اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين » ومعيار « استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح » ، لابطال العقد أو انقاص التزامات من وقع عليه الاستغلال (م ١٢٩ مدنى) . وكذلك معيار « الظروف الاستثنائية العامة غير المتوقعة » ، ومعيار « التنفيذ المهرق » . لتعديل العقد ورد الالتزام المهرق الى الحد المعقول (م ١٤٧ — ٢ مدنى) .

المبحث الثانى

طرق الصياغة القانونية

قلنا ان الصناعة أو الصياغة القانونية هى مجموع الادوات أو الطرق التى تخرج القاعدة القانونية الى الوجود العملى اخراجا يحقق الغاية التى يفصح عنها جوهرها . وناخذ الان فى بيان هذه الادوات والطرق التى يقسمها الفقه الى طرق مادية وطرق معنوية .

المطلب الاول

الطرق المادية

Les procédés matériels

يقصد بالطرق المادية للصياغة القانونية تلك الادوات التى تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيرا ماديا مجسما فى مظهر خارجى . وسوف نجتزئ فى بيان هذه الطرق المادية بالاشارة الى الطريقتين التاليتين .

١٠٢ — إخلال الكم محل الكيف (١) :

يقصد بطريقة « إخلال الكم محل الكيف » Substitution du quantitatif au qualitatif إعطاء القاعدة القانونية تحديداً محكماً بالتصريح عن مضمونها برقم معين ، مما يجعل تطبيقها آلياً ، لا يفترج المجال عادة لتحكم من جانب القاضي . فالعنى الذى يتضمنه جوهر القاعدة القانونية كيفاً معنوياً يصاغ الآن صياغة كمية أو رقمية ، تحدد فى العمل تحديداً ثابتاً لا تأويل فيه ولا إبهام ، مما يمنع الخلاف بشأنه وييسر أمر فهمه وتطبيقه على السواء .

ولعل أكبر مثل على هذا النوع المادى من الصياغة القانونية هو تحديد أهلية مباشرة الحقوق المدنية بسن معينة . ذلك أن جوهر القاعدة القانونية فى هذا الشأن ، هو اناطة الأهلية بتعلم التمييز ورجحان العقل ، وهو ما لا يصلح بذاته للتطبيق العملى الحاسم . فالوقوف على التمييز والعقل لتحديد الأهلية ، لا يتأتى . والافراد متفاوتون فى ذلك ياشد الغفلون — الا بترك الامر الى القاضي ، يتفحص كل فرد من الافراد على حدة ليحكم له أهليته تبعاً لدرجة نضوجه العقلى . وليس يحتاج الامر الى بيان ما قد يجره ذلك من تحكم القضاء ، فضلاً عن أنه يخلق مصعراً للمنازعات لا يثضب ، مما يضيغ كثيراً من الوقت والتجهد والمال . من أجل تلك كان من المضم ترجئة تمام التمييز أو رجحان العقل ، وهو معنى كفى — ترجمة عملية ييسره الفهم والتطبيق ، وهى ثم ترجمة عملية لهذا المعنى خير من تحديده بسن معينة هى السن التى يتم عندها رشده الفرد المادى ؟ . وهذا هو ما اتبعه المشرع المصرى حين نص فى التقنين المدنى على أن « سن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » (م ٤٤ — ٢) .

ومن قبيل ذلك أيضاً تحديد أهلية مباشرة الحقوق السياسية : فتحدد أهلية الانتخاب مثلاً بسن معينة قد تزيد أو تنقص عن سن الرشد المدنى . وتحدد

(١) راجع فى ذلك :

Gény, op. cit., t. III, No. 197. — Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif, pp. 122 et s.

اهلية المرشح، لعضوية المجالس العليا، بعض معينة، أو بتوافر نصيب مالي معين في المرشح كحد أدنى لخلقه أو للضريبة التي يدفعها سنوياً.

وكذلك فمن أمثلة أحلال الكم محل الكيف تحديد انصبة الورثة بنسب معينة، تراعي في قدرها درجة القرابة إلى المتوفى، وتحديد هدى حق الإصاء بنسبة معينة من التركة هي الثلث، وتحديد الغبن في بيع عقار غير ذي الأهلية بما يزيد على خمسين المثل (م ٤٢٥ مدني)، وتحديد الريا الفاحش بما يزيد على سبعة في المائة (م ٢٢٧ مدني)، وتحديد التقادم المسقط والمكسب بخمسة عشرة سنة كقاعدة عامة (م ٢٧٤ و ٩٦٨ مدني).

وقد يكون من قبيل أحلال الكم محل الكيف رد جوهر القاعدة القانونية إلى عدد محدود من الحالات، أي صياغته صياغة تحصره وتعدده بما لا يدع مجالاً لمجاوزة الحصر والتعديد. ومن أمثلة ذلك النص الذي يحدد الديون المتأخرة التي يكون لها أفضلية في الوفاء على سائر الديون الأخرى تحديداً على سبيل الحصر (م ١١٢٨ وما بعدها مدني)، والذي يثبت الحق في الشفعة لأشخاص يعدم عدداً جواً يتوافر فيهم من صفات معينة (م ٩٣٦ مدني).

١٠٤ — الشكليات:

يقصد بذلك المظاهر الخارجية التي يفرض على الأفراد اتباعها في تصرفاتهم لأماكن ترتيب آثار قانونية معينة. وبذلك يتضاف إلى المنصر الداخلي عنصر خارجي يؤكد وجوده ويضمن مفعوله في نطاق القانون. ويقصد بأشراط هذه الأشكال وتلك المظاهر الخارجية، أما التنبيه إلى خطورة بعض التصرفات، وأما تيسر إثباتها من بعد، أما إمكان الاحتجاج بها على الغير.

(١) راجع في ذلك :

أما الشكل الذى يقصد منه التنبيه الى خطورة بعض التصرفات ، فهو عادة الرسمية أى افرارغ التصرفات فى كتابة رسمية تتم على يد موظف رسمى طبقا للاوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه . ولئن كان القاعدة العامة فى القانون الحديث اليوم هى مبدأ الرضاية أى الاكتفاء بحصول التراضى بين المتعاقدين لانعقاد العقد والالزام به — خلافا لما كان قائما فى القانون الرومانى من قبل — الا أن من التصرفات ذات الخطر والاثـر الضخم ما يقتضى التنبيه اليها والتفسير على من يريد ابرامها — باشتراط حصول تحريرها بواسطة موظف رسمى مختص — ليتدبر أمرها ويبصر بمخاطرها ، فلا يقدم عليها الا عن روية وبصيرة . ومن قبيل ذلك ما تشترطه المادة ٤٨٨ من التقنين المدنى المصرى من أن تكون هبة العقار بورقة رسمية والا وقعت باطلـة . وماتشترطه المادة ١٠٣١ من نفس التقنين من رسمية الرهن التأمينى أو الرسمى الذى يرد على عقار . وتنبىـى الاشارة الى أن الرسمية هنا شرط لانعقاد التصرف لا لاثباته . بحيث اذا لم تتم هبة العقار بورقة رسمية وقعت باطلـة . واذا تم الرهن الرسمى بورقة عرفية فهو باطل منعدم لا تترتب عليه آثاره القانونية .

ومن قبيل الاشكال التى يقصد منها التنبيه الى خطورة التصرف — غير الشكل الرسمى — اشتراط الحصول على اذن معين لمباشرة بعض التصرفات ، كبعض التصرفات المحددة التى لا يجوز للوصى مباشرتها الا باذن المحكمة حماية لاموال القاصر .

وأما الشكل الذى يقصد منه تيسير اثبات التصرفات منعا لكثرة المناقضات بشأنها ، فهو عادة الكتابة . ومن ذلك ما ينص عليه المشرع المصرى من أن يكون الاثبات عن طريق الكتابة فى غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرين جنيتها ، وأما ما تقل قيمته عن ذلك فيصح اثباته بشهادة الشهود أى بالبينة (م ٦٠ من قانون الاثبات الجديد) (١) .

(١) رفع قانون الاثبات الجديد نـصـب الاثبات بالكتابة الى ما يزيد على عشرين جنيتها بعد أن كان أصلا مايزيد على عشرة جنيهات (م ١٠٠ مدنى) ، وذلك نظرا لانخفاض القوة القرآنية للتسود .

فالمقصود هنا هو التفرقة بين التصرفات التافهة القيمة ، وبين التصرفات التى تكون على جانب من القيمة المالية ، ولا حرج من الترخّص فى اثبات الاولى ولو عن طريق الشهادة ، أما الثانية فالمصلحة تقضى باشتراط الكتابة بشأنها . فان لم تتم كتابتها فليس يمنع ذلك من انعقادها صحيحة ، وان قام عدم الكتابة عقبة فى سبيل اثباتها . فالكتابة اذن شرط لاثبات هذه التصرفات لا شرط لانعقادها .

وأما الشكل الذى يقصد منه امكان الاحتجاج ببعض التصرفات فى مواجهة الغير ، فمن أمثلته ما يقضى به المشرع المصرى من أنه « تعتبر الشركة (المدنية) بمجرد تكونها شخصا اعتباريا ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون » (م ٥٠٦ - ١ مدنى) ، وما ينص عليه من أنه لا يكون الرهن الرسمى نافذا فى حق الغير الا اذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار (م ١٠٥٣ مدنى) . ففى هذه الحالات جميعا ، لا يكفى انعقاد التصرف فيما بين أطرافه لنفاذه فى حق الغير ، اذ يلزم لهذا النفاذ اتخاذ الشكل المطلوب . فالشكل فى هذه الحالات انما يقصد به حماية الغير عن طريق اعلامه بالتصرف القانونى الذى لم يكن طرفا فيه ، بحيث يكون لهذا الغير — عند تخلف الشكل — تجاهل التصرف رغم توافر عناصر تكوينه أو انعقاده القانونى .

المطلب الثانى

الطرق المعنوية

Les procédés intellectuels

يقصد بالطرق المعنوية للصياغة القانونية الدلالة على ما قد يلجأ اليه من عمل ذهنى بحث فى سبيل اخراج القاعدة القانونية اخراجا عمليا يحقق الغاية التى يفصح عنها جوهرها ، فهى اذن طريقة منطقية محض من صنع الذهن . وسوف نجتزئ فى بيان هذه الطرق بالاشارة الى طريقتين اثنتين هامتين منها هى: القرائن القانونية والافتراض أو الحيل القانونية .

١٠٤- القرائن القانونية

يقصد بالقرائن القانونية (Présomptions légales ou de droit) أخذ امر مشكوك فيه - ولكنه محتفل تبعاً للغالب والمألوف في العمل - على أنه أمر مؤكد ، أي تحويل الشك في شأنه إلى يقين وإخراج القاعدة القانونية على هذا الأساس. ذلك أن ماتحكم القواعد القانونية من أوضاع قد يحوطه شك أو غموض يستعصى على الجلاء ولم يكن التحقيق للمولى للقانون. ولفكرة العدل التي يستهدفها يتطلب حقاً واحكاماً واستقراراً معيناً ، فإن هذا قد يدفع القانون دفعا إلى تحويل الشك إلى يقين عن طريق إقامة قرينة قانونية - فالقرينة القانونية إذن عملية ذهنية تتلخص في تبديد الشك والإختلاط الذي يحيط ببعض المراكز والتصويرات القانونية بتأكيد حاسم يبنى على المعنى الأكثر موافقة لظرايح والمألوف في العمل (١).

وإذا كان المجال الأصلي للقرائن القانونية هو مجال الأثبات ، أي مجال القواعد القانونية المتعلقة بأثبات الحق ، فإن الحاجة إليها قائمة كذلك في مجال القواعد القانونية الموضوعية أي المتعلقة بموضوع الحق لا بأثباته .

(١) القرائن القانونية في مجال الإثبات :

المجال الأصلي للقرائن القانونية هو مجال الأثبات ، فحيث يتعلق الأمر بأثبات مراكز واقعية تمهيدا لتطبيق القانون عليها من بعد ، ويكون هذا الأثبات مستحيلا أو مستعصيا يعدل القانون عن التكليف به ، مكتفيا باعتبار المألوف والغالب في العمل في شأن هذه الأوضاع هو الواقع الحاصل ، فيعتد به

(١) وانظر في ذلك إحصاءة :

Gény, op. cit., t. III, Nos. 239 - 240. — Decottignies, Les présomptions en droit privé. 1950. — Dalloz, Répertoire de droit civil, t. IV, Nos. 61, 215, 245.

عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، فقرات ٣٤٠ - ٣٤١ ، معاً عبد الحليم فرج المجدد ، الإثبات في الروايات الحديثة ، ط ٢ - ١٩٥٢ ، فقرات ٢٢٤ - ٢٢٢ .

Gény, op. cit., III, No. 230, pp. 266 - 267 (٢)

ويعتبره ثابتاً بذاته دون عناء إقامة الدليل عليه . فالشك نفي أمر وضع من الاوضاع لتعذر اثباته أو استحالة ، يتحول اذن الى يقين عن طريق عمل ذهني يأخذ الغالب في العمل اشارة وقرينة تصدق على كل حالات هذا الوضع . وبذلك يتوصل القانون الى تحقيق الطمأنينة والامن والاستقرار في المجتمع ، اذ لو ترك الامر للاثبات المادى العادى المباشر — وهو متعذر في مثل هذه الاوضاع أو مستحيل — لكثرت المنازعات والادعاء بالباطل ولدخل التحكم أحكام القضاء .

ومن أمثلة هذه القرائن القانونية قرينة الزوجية على ثبوت المولود من زوج الوالدة ، اذ ما دام الحمل قد حصل وقت الزوجية فيفترض أن الولد ابن الزوج . فالولد اذن ثمرة الزوجية ونتاجها ، أو كما ورد في حديث الرسول عليه السلام « الولد للفراش » . ذلك أن اثبات نسب المولود للزوجة من زوجها أمر عسير أو مستحيل ، فلا يتصور التكليف به . ولما كان الغالب في العمل هو أن الزوجة مقصورة على زوجها فلا تتصل اتصالاً جنسياً الا به ولا تلد بالتبعية الا منه ، فيعمم هذا الغالب ويحمل عدم التثبت من أبوة الزوج بدليل مادى مباشر محمل اليقين ، فيفترض أن المولود من حمل حدث وقت الزوجية (١) هو ابنه .

ومن أمثلة هذه القرائن كذلك قرينة اعتبار المفقود ميتاً متى غلب على الظن هلاكه (٢) . فهذه القرينة مثل من أمثلة الصياغة القانونية الضرورية لمواجهة حالة استثنائية لا يمكن القطع فيها بدليل أو بينه على وفاة المفقود أو حياته ، اذ المصلحة تقضى — في الحالات التى يغلب فيها هلاكه — باعتباره ميتاً لتصفية ما

(١) يعنى القانون كذلك باقامة قرائن قانونية على اعتبار الحمل حادثاً وقت الزوجية بتحديد حد أدنى له من وقت انعقاد الزواج وحد أقصى له من وقت انحلال الزواج . وقد حدد المشرع المصرى الحد الأدنى بسنة أشهر والحد الأقصى بسنة (انظر في ذلك : عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، ١٩٢٨ ، ص ١٨٦ و ١٨٧ . — هجر عبدالله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية ، ١٩٥٦ ، ص ٤١٠ و ٤١١ . — وكتابنا أصول القانون ، فقرة ٢٧٥ ، ص ٢٢١) .

(٢) انظر لاحقاً ما سيجرد في شأن أحكام المفقود عند التعرض لنهية شخصية الانسان أى الشخص الطبيعى .

هو معلق من حقوقه . فما دام يغلب هلاك المفقود ، وما دام اثبات وفاته أمرا متعذرا أو مستحيلا ، فلا حرج من اتخاذ حكم ما يغلب من هلاكه ، أمارة على تحققه وقرينة على وفاته .

ومن هذه القرائن القانونية كذلك ، اعتبار ارتكاب القاصر عملا غير مشروع قرينة على خطأ من يتولى رقبته كالأب أو الوصي بتقصيره في أداء مايقع عليه من واجب الرقابة (م ١٧٣ مدنى) ، واعتبار ان الضرر الحادث من الحيوان أو من انهدام البناء أو من الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة قرينة على خطأ من يتولى حراستها وتقصيره فى القيام بهذه الحراسة (م ١٧٦ و ١٧٧ و ١٧٨ مدنى) ، واعتبار الوفاء بقسط من الاجرة قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة على هذا القسط (م ٥٨٧ مدنى) .

وفى كل هذه القرائن وأمثالها يعفى القانون من تقررت القرينة لمصلحته من عبء اثبات ما تقرره (١) . اذ هذا الاثبات متضمن فى ذات القرينة ، ولذلك يقرر المشرع المصرى أن « القرينة القانونية تغنى من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات ٠٠٠ » (م ٩٩ من قانون الاثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) .

ولكن لماكانت القرائن القانونية مبنية على الغالب الراجح فى العمل بحيث لا تصل الى يقين مؤكد يرتفع بها عن كل مظنة أو خلاف ، يجب أن يترك الباب مفتوحا فى الاصل أمام ما قد يتخلف أو يشذ من حالات عن حكم هذا الغالب ، بحيث يصبح من الجائز اقامة الدليل على هذا التخلف أو الشذوذ ونقض القرينة المقامة فى شأنها بالتالى . ولذلك كان المبدأ أن القرائن القانونية قرائن

(١) ولكن يبقى واقعا على معلق من تقررت القرينة لمصلحته اقامة الدليل على توافر الشروط التى يتطلبها القانون لقبالها . نيجب مثلا اثبات الزواج وولادة المولود للزوجة من قبل حادث وقت الزوجية لامتيار المولود ابنا للزوج ، يقتضى القرينة المقامة دون حاجة الى اثبات هذا النسب . ويجب اثبات غيبة المفقود فى ظروف يغلب فيها هلاكه للحكم بوفاته دون حاجة الى اقامة الدليل على هذه الوفاة . ويجب اثبات خطأ القاصر ، لامتيار مقولى رقبته بمقصر فى الرقابة دون حاجة الى اثبات تقصيره . (انظر كتابنا اصول القانون ، فقرة ١١٠ ، ص ٢٤١ و ٢٤٢) . وهكذا الشأن فى باقى القرائن الاخرى .

بسيطة تقبل اثبات العكس (١) . ولكن هذا لا يمنع من أن يقرر استثناء ولاعتبارات خاصة الخروج على هذا المبدأ واعتبار بعض القرائن القانونية قرائن قاطعة لايجوز اثبات عكس ماتقضيها (٢) . وهذا ما تعنيه المادة ١٩ من قانون الاثبات الجديد سالفة الذكر بقولها انه « ... يجوز نقض ... القرينة بالدليل العكسي ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . ومن قبيل القرائن القاطعة الاستثنائية ما يقيمه القانون من قرينة على خطأ حارس الحيوان او الآلات الميكانيكية والاشياء التى تتطلب حراستها عنابة خاصة (م ١٧٦ و ١٧٨ منق) (٣) .

وغنى عن البيان أن القرائن القانونية فى مجال الاثبات تفتقر عن القرائن القضائية . فالقرائن القانونية طريقة معنوية لصياغة القاعدة القانونية ، أى أن اقامتها انما تكون فى مرحلة تكوين القاعدة القانونية ، ولذلك تكون من صنع المشرع أو القانون الوضعى بوجه عام (٤) . أما القرائن القضائية فهى من صنع

(١) فيجوز مثلا نقض قرينة اعتبار المفقود ميتا بلاثبات مودة المفقود أو استمرار حياته ، ونقض قرينة خطأ متولى رقابة العناصر بلاثبات قيله بواجب الرقابة بما ينبغى من حيطة وعناية .

والاصل أن مثل هذا الاثبات يخضع للقواعد الصالبة ، الا ان يستلزم المشرع طريقا معينا خاصا لنقض القرينة واثبات عكس ما تقضى به ، فلا يجوز سلوك طريق غيره لنقضها . ومن قبيل ذلك ، الطريق الخاص المقرر فى الشريعة الاسلامية لنقض قرينة « الولد للفراش » وهو طريق اللعان (انظر فى تفصيل هذا الطريق وشروطه : عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ١٨٨ . — عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤١١ — ٤١٤) ، وطريق الطعن بالتزوير لدحض قرينة حجية السند الرسمى بما دون فيه من أمور عام بها محررها فى حدود مهنته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره (م ١١ من قانون الاثبات الجديد) .

(٢) ومع ذلك ، فمن المتفق عليه أن القرائن القانونية القاطعة يمكن دحضها ولكن بالاثبات أو البين (انظر : Decottignies, thèse précitée, Nos. 53 - 55 — عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٢٢٢) .

(٣) من الواضح أن القرينة هنا قرينة على الخطأ لا على المسؤولية . ولذلك لماذا كتبت هذه القرينة قاطعة بمعنى أنه ينتج على الحارس اقامة الدليل على مكسها باتبات عدم تقصيره أو خطئه فى الحراسة ، فان ذلك لا يمنعه من نفي مسؤوليته عن طريق نفي علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الحاصل .

(٤) لا يستلزم التشريع وحده بصنع القرائن القانونية ، بل يملكه كذلك كل مصدر رسمى آخر من مصادر القانون الوضعى كالعرف ، والقول بغير ذلك معناه رد القانون الوضعى كله الى مصدر وحيد هو التشريع . وهذا غير صحيح . (فى هذا المعنى : Gény, op. cit., t. III, No. 235, pp. 327, 330) — وقرن : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٢٢٢ ، ص ٦٠٠ .

القاضي ، مما يفترض أن اقامتها أو استخلاصها يكون فى مرحلة تطبيق القاعدة القانونية لا فى مرحلة تكوينها . فالقاضي يستخلص فى صدد قضية مطروحة عليه ، من بعض الوقائع الثابتة لديه ، امارات يكون بهاعقيدته — طبقا للغالبيى العمل ومجرى الامور الطبيعى — فى شان واقعة من وقائع الدعوى لا يقوم عليها دليل مباشر (١) ، كاستخلاصه صورية البيع من قيام علاقة زوجية أو قرابة وثيقة بين أطرافه ، واستخلاصه التحايل على ما يقرره القانون للجار من الاخذ بالشفعة من بيع الارض المشفوع فيها الا جزءا ضئيلا هو المجاور لارض الجار أو مع هبة هذا الجزء الى مشترى الارض .

(٢) القرائن القانونية فى مجال القواعد الموضوعية :

تمس الحاجة كذلك الى القرائن القانونية فى مجال القواعد المتعلقة بموضوع الحق . وهى تقوم فى هذا المجال على ما تقوم عليه فى مجالها الاصلى ، وهو مجال اثبات الحق ، من فكرة الاحتمال والرجحان بقصد تبديد الشك والاختلاط . ولكن يبقى ثم فارق جوهري بين وضع القرائن فى كل من المجالين . ففي مجال الاثبات ، حيث تستخدم القرينة وسيلة اثبات أو اعفاء منه أو تبديل فى محله ، تعتبر القرينة هى محل القاعدة القانونية التى تقررها ، بحيث يرتبط تطبيق هذه القاعدة بفكرة القرينة وما تمثله من احتمال ورجحان ، فيمكن التوصل فى الاصل الى منع اعمال القاعدة القانونية فى شان الحالات التى تشذ بها ظروفها على وجه اليقين عن مقتضى ما تعممه القرينة من احتمال ورجحان ، ولذلك قلنا أنه يمكن فى الاصل دحض القرائن القانونية فى

(١) يتمتع القاضي بسلطة واسعة فى استنباط القرائن القضائية ، وهو ما يؤدى — بالنظر الى الاختلاف المحتوم بين القضاة فى هذا الاستنباط تبعا لاختلاف النظر والتقدير — الى عدم اتفاق المحاكم على ما يعتبر من قبيل القرائن القضائية ، والى اضعاف الدلالة المستمدة من هذه القرائن فى مجال الاثبات بالتالى بما يضع هذه القرائن دون مرتبة الكتابة ويساويها بمرتبة البيئة أى الشهادة (انظر : عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، فقرة ١٧٨ ، ص ٣٣٤) . ولذلك ينص المشرع المصرى على أنه لا يجوز الاثبات بقرينة قضائية الا حيث يجوز الاثبات بشهادة الشهود (م ١٠٠ من قانون الاثبات الجديد) .

مجال الإثبات باتمامة الدليل العكسى . أما فى مجال القواعد الموضوعية ، فلا يتعدى دور القرينة القانونية دور الدافع أو العلة لتقرير حكم القاعدة القانونية (وقد لا تكون هى الدافع أو العلة الوحيدة لذلك) بحيث إذا أدت دورها من الدفع الى تقريره تلاشت وبقي الحكم وحده قائما دونها على استقلال (١) ، وهو ما يجعل تطبيق القاعدة القانونية غير منطوق بما دفع الى تقريرها من قرينة تعميم احتمالا أو رجحانا معيناً ، فلا يتأتى منع تطبيقها . إذن فى شأن بعض الحالات بدعى تخلف مقتضى هذا الاحتمال والرجحان (٢) .

وأظهر مثل على القرائن القانونية فى مجال القواعد الموضوعية ما يعمد اليه المشرع من تحديد سن الرشد بسن الحادية والعشرين فى القانون المصرى . فالمشرع بذلك انما يقيم هذا الحكم مدفوعا باعتبار أن هذه السن قرينة على كمال الإرادة ونضج العقل ، حيث أن الغالب الراجح فى العمل هو توافر هذا الكمال والنضج للأفراد ببلوغ هذه السن . ولكن بخروج القاعدة الموضوعية المحددة لسن الرشد الى الوجود ، تتلاشى القرينة التى دفعت الى تقريرها بعد أن انتهى دورها ، فلا يعلق أعمال حكم هذه القاعدة على ضرورة توافر مقتضى هذه القرينة فى كل الحالات . ولذلك ينطبق هذا الحكم على الجميع حتى ولو كانت حالات البعض منهم مما يشذ عن الغالب الراجح فى العمل ، فيظل الشخص معدودا قاصرا حتى ولو اكتمل له النضج العقلى والإرادة قبل سن الحادية والعشرين فى القانون المصرى .

(١) راجع فى الفقرة بين القرائن القانونية فى مجال الإثبات وبين القواعد الموضوعية التى تمثل القرينة فيها دور الدافع أو العلة :

Gény, op. cit., t. III, pp. 236 et s. — Decotignies, thèse précitée, pp. 44, 45.

عبد الزراق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٢٢٤ و ٢٢٥ و ٢٢٧ .
(٢) ومن شأن ذلك سهولة الخلط بين القواعد الموضوعية الآمرة وبين القرائن القانونية القاطعة . ولكن فضلا عن الفارق بينهما من حيث المجال ومن حيث دور القرينة كما هو مبين فى المتن ، يبقى ثم غارق آخر هام بينهما : هو استحالة دحض القواعد الموضوعية الآمرة التى تمثل القرينة فيها دور الدافع والعلّة بأى طريق من الطرق حتى بالإقرار أو اليقين ، وإمكان دحض القرائن القانونية القاطعة — رغم قطعيتها — بالإقرار أو اليقين (انظر : عبد الزراق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٢٢٧ ، ص ٦٢٢) .

وكذلك يبدو أثر هذا النوع من القرائن فيما يقرره القانون من أن « الحيابة في المنقول سند الحائز » . فهذه قاعدة موضوعية (١) تختنى وراءها قرينة قانونية مأخوذة من الغالب في العمل من أن حيابة المنقول تكون بيد المالك . ولكنها قرينة تنفصل عن القاعدة ، إذ تقوم منها مقام العلة والدافع ، ولذلك لا يعلق اعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة في كل الحالات . فما دامت شرائط هذا الاعمال متوافرة ، فلا يتأتى بعد ذلك منعه — في الحالات التي تنشذ عن حكم الغالب — بدعوى أن المالك الحقيقي شخص آخر غير الحائز ، إذ الحيابة — متى توافرت شرائطها — تصبح بمقتضى القاعدة سبباً للملكية المنقول .

ويبدو أثر هذا النوع من القرائن كذلك فيما يقرره القانون من « حجية الامر المقضى » (l'autorité de la chose jugée) (٢) . فهذه قاعدة موضوعية (٣) تختنى وراءها قرينة قانونية على اعتبار الحكم القضائي عنوان الحقيقة فيما قضى به ، إذ الغالب أن تقيم الاحكام القضائية قضاءها على أساس صحيح فتصل بذلك الى تقرير الحقيقة . وإذا كانت هذه القرينة هي أحد الدوافع الى تقرير هذه القاعدة ، فانها تتوارى وتنفصل عنها بحيث لا يعلق اعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة بالنسبة الى كل الاحكام القضائية . فالامر المقضى تكون له دائماً حجيته ، دون نظر الى ما قد يشذ في النادر من احكام عن مقتضى الغالب من قضاء الاحكام بالحقيقة . وبذلك يتمتع دائماً على نفس الخصوم في نزاع سبق الفصل فيه بحكم قضائي ، أن يجددوا

(١) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ،قرة ٢٢٧ .

(٢) تجب التفرقة بين « حجية الامر المقضى » وبين « قوة الامر المقضى » (La force de la chose jugée) . فالحجية تلحق كل حكم موضوعي ناضل في خصوصية ، سواء كان نهائياً أو ابتدائياً ، حضورياً أو غيابياً . أما القوة فلا تلحق الا الحكم النهائي وحده ، وهو الذي لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية (في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، قرة ٢٤٢) .

(٣) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٢٢٢ و ٢٢٧ و ٢٤٤ .

أمام المحاكم بغير طرق الطعن القانونية — أى بدفع أو دعوى مبتدأة — نفس النزاع المتعلق بذات الحق محلا وسببا لم ١٠١ من قانون الإثبات الجديد(١).

وإذا كانت هذه القرائن وأمثالها تتلاشى وراء القواعد الموضوعية ، فيبقى على أى حال أنها تعتبر من دوافعها وعللها ، وهو ما يمدّها بسند عقلى منطقي يبرر أحكامها(٢) .

١٠٥ — الافتراض أو الحيل القانونية(٣)

يقصد بالافتراض أو الحيل القانونية (Les fictions juridique ou de droit) إعطاء وضع من الأوضاع حكما يخالف الحقيقة توصلا الى ترتيب أثر قانونى معين عليه ما كان ليرتب لولا هذه المخالفة . وبذلك تبدو طريقة الافتراض أو الحيل القانونية احتيالا وتزويرا على الواقع ، اذ — وهى تقوم على تصوير ذهنى معين — لا تجعل منه انعكاسا لاصل صورته الطبيعية فى الواقع بل قلبا وتحريفا له ، وذلك بقصد تحقيق ما تستهدفه من غرض إقامة التنظيم القانونى على نحو معين(٤) .

وعلى هذا النحو ، يبدو الفارق البعيد بين « القرائن القانونية » وبين « الافتراض أو الحيل القانونية » : فرغم أنهما يشتركان فى اعتبارهما طرقا معنوية لصياغة القاعدة القانونية تقوم على تصوير ذهنى للواقع ، تحكمى

(١) راجع فى تفصيل « حجة الامر المقضى » :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٢٤١ — ٢٧٦ ، ص ٦٣٠ — ٧١٤ .

(٢) Gény, op. cit., t. III, No. 239, p. 359

(٣) راجع فى ذلك بمسلة خلسة :

Dekkers, La fiction juridique, 1935. — Gény, op. cit., t. III, Nos. 240—252.

وانظر كذلك كتابنا أصول اللغون ، مقرة ١١١ ، ص ٢٤٨ — ٢٥٢ .

(٤) Gény, op. cit., t. III, No. 241, pp. 267—269.

بعض الشيء ، بقصد تيسير الوصول الى غايات عملية معينة ، الا أن الطريقة الاولى تؤسس تصويرها على الاحتمالات الغالبة الراجعة فى العمل بحيث يأتى تعميمه فى الاتجاه العادى الطبيعى للامور ، بينما تستبجح الطريقة الثانية — فى سبيل الوصول الى الهدف المقصود — تأسيس تصويرها على انكار الواقع أو تشويهه (١) . ولذلك يعتبر الافتراض مخالفة صريحة للواقع ، بينما تعتبر القرائن تسليما بحكم الطبيعى والغالب منه .

ومن أمثلة الافتراض أو الحيل القانونية نظام الموت المدنى (٢) الذى كان معروفا — كمعقوبة تبعية — فى بعض الشرائع الى قريب . فبمقتضاءه كان يفترض موت الشخص افتراضا بحثا رغم مخالفة ذلك للواقع من بقاءه فعلا بقصد الحياة ، ويرتّب على هذا الافتراض اثره القانونى من اهدار الشخصية بما يستتبعه هذا الاهدار من نتائج مختلفة .

ومن قبيل الافتراض أو الحيل القانونية كذلك ، ما قد يعمد اليه القانون من تقديم التوقيت ساعة فى الصيف مخالفا بذلك حكم التوقيت الطبيعى .

وتعتبر طائفة العقارات بالتخصيص (immeubles par destination) وطائفة المنقولات بالمال (meubles par anticipation) من قبيل الافتراض أو الحيل القانونية كذلك ، حيث يخالف القانون بتقريرها التقسيم الطبيعى للاشياء مخالفة صارخة ، فيفترض أن بعض المنقولات عقارات اذا كانت مرصودة على خدمة عقار أو استغلاله ، ويفترض أن بعض العقارات منقولات ما دام مالها القريب الى الانفصال عن أصل ثباتها والتحول بذلك الى منقولات .

ورغم ما تحقّقه هذه الطريقة المعنوية لصياغة القاعدة القانونية من فوائد عملية لا يمكن انكارها ، فلا ينبغى اغفال ما تنطوى عليه من أخطار جسيمة

(١) Gény, op. cit., t. III, No. 228, pp. 260—261

(٢) انظر فى هذا النظام : كتابنا مالف الذكر ، هبش « ١ » ، ص ٧١١ و ٧١٢ .

نتيجة قيامها على أساس مخالف للطبيعة والواقع. ولذلك ينبغي أن يظل التجاء القانون إليها محصوراً في أضيق الحدود ، حين يكون الالتجاء إليها أمراً لازماً وضروريا لتحقيق العدل أو النفع الاجتماعي ، وحينئذ تكون مثل هذه الغاية هي التبرير الوحيد للافتراض أو الحيلة القانونية(١) . وعلى أى حال فإن تحديد مدى هذا الافتراض يجب ألا يجاوز حدود الغرض المقصود من تقريره ، فيكون إذن محلاً للتفسير الضيق باعتباره وسيلة اصطناعية للتعبير عن القانون(٢) .

Gény, op. cit., t. III, No. 247, pp. 417, 418. (١)

(٢) يقصر « جيني » ذلك على حالة ما إذا كان الافتراض حلاً تحكمياً يفرضه المشرع . أما إذا كان المشرع قد ألبس مبدأً نفعياً أو عادلاً ثوب الافتراض لكي يسهل إجراءه في الحياة العملية ، فيكون من المناسب الاعتراف له بكل ما هو أهل له من مدى واسع . (Gény, op. cit., t. III, No. 251, p. 436.)

الفصل الثانى

اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة فى العمل

١٠٦ - تمهيد وتقسيم

قلنا ان جوهر القاعدة القانونية يعرض عاما مبهما ، فتحدد مضمونه الصياغة الفنية بما يهيئه للتطبيق العملى . غير انه يظل مجردا من قوة تلزم الافراد به ، اذ لا تكون له الا قوة الزام أدبية يفرضها العقل ، فيحتاج الى قوة الزام ايجابية تفرضه على الافراد فى الجماعة وتكفل احترامه عن طريق الاجبار المادى . فالقاعدة القانونية اذن تحتاج الى سلطة تعطيها القوة الملزمة فى العمل ، فتفرضها على الناس وتحملهم جبرا على احترام احكامها . وبهذه القوة الملزمة تصير القاعدة القانونية قاعدة وضعية ، اى قاعدة سائدة مطبقة فى العمل ، ترصد الدولة قوتها المادية على كفالة احترامها .

فما هى السلطات التى تملك اعطاء القاعدة القانونية قوة ملزمة فى العمل ؟ . او بعبارة اخرى ، ما هى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية الوضعية ؟ . يقتضينا الرد على ذلك أن نعرض لهذه المصادر بوجه عام ، ثم نعرض لها فى القانون المصرى بوجه خاص .

ولذلك نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الاول - فى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام .

المبحث الثانى - فى المصادر الرسمية للقانون المصرى .

المبحث الاول

المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام

١٠٧ - تمهيد

ليست المصادر الرسمية للقاعدة القانونية واحدة مشتركة فى كل الجماعات ، بل هى تختلف من جماعة الى أخرى تبعا للظروف الخاصة المحيطة بكل منها والمتفاوتة بتفاوت الزمان .

ورغم هذا الاختلاف بين الجماعات فى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ، نستطيع ان نقول ان العرف والتشريع — على تفاوت بينهما فى الاهمية والمرتبة بحسب المكان والزمان — يعتبران كقاعدة عامة مصدريين رسميين تشترك فيهما كل الجماعات قديما وحديثا .

غير ان ثم مصادر أخرى — الى جنب العرف والتشريع — عرفت بها بعض جماعات دون أخرى فى القديم والحديث على السواء ، وان يكن حظها اليوم — فى عداد المصادر الرسمية للقواعد القانونية — اما ضئيلا كالدين ، او منعما كالفقه ، او خاصا بجماعة أو جماعات معينة كالقضاء . فنعرض اذن لكل هذه المصادر الرسمية : العرف والتشريع ، ثم الدين ، ثم الفقه ، ثم القضاء .

المطلب الاول

العرف والتشريع

١٠٨ - تمهيد واحالة

لعل أول مصدر عرفته الانسانية من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية هو العرف ، فكانت القاعدة القانونية تظهر فى العمل مستكملة قوتها الملزمة نتيجة تواتر الافراد على العمل بسنة معينة ، مع اعتقادهم فى الزامها وضرورة احترام أحكامها بتوقيع الجزاء أو الاجبار على من يخالفها .

ولكن مثل هذا المصدر ، ان كان يوافق الجماعات البدائية حيث حاجاتها لم تتعقد بعد ، الا أنه لا يلبث — مع تقدم الزمن وتضخم الجماعا توازدياد أوجه النشاط فيها وتشعب الروابط بين أفرادها — أن يقصر عن الوفاء بحاجاتها ، ويتخلف — وهو مصدر بطيء الانتاج — عن ملاحقة سيرها الحثيث ومطالبها المتكاثرة . فيتوارى قليلا ليفسح الطريق أمام مصدر ثان هو التشريع ، تفرض الدولة القواعد القانونية عن طريقه بما يتركز بين يديها من قوة وسلطان .

والعرف والتشريع مصدران رسميان للقواعد القانونية ، عرفت هما كل الجماعات منذ قديم ، وما زالت تعرفهما الى اليوم ، وان يكن حظهما فيهما متفاوت كل التفاوت . فالعرف في القديم كان المصدر الرسمي الاول ، ثم مازال يتقهر في أهميته حتى غدت الصدارة اليوم — عند أغلب الجماعات — للتشريع في الالتزام بالقواعد القانونية . ورغم ذلك ، فما زالت بعض جماعات قليلة تحل العرف في العصر الحديث المكان الاول بين المصادر الرسمية للقواعد القانونية فيها وتغلبه على التشريع . غير أن انتشار المذهب الاجتماعي في الآونة الحاضرة ، بما يستتبع ازدياد تدخل الدولة في نشاط الافراد تحقيقا للصالح العام ، أصبح يهدد العرف في مركزه باعتباره المصدر الرسمي الاول للقانون فيها ، ويفسح المجال للتشريع تمهيدا لاحتلاله محل العرف في الاهمية والاعتبار .

وليس هنا مجال بسط القول في التشريع والعرف ، فمحل ذلك عند الكلام في المصادر الرسمية للقانون المصري ، باعتبارهما في الطليعة منها .

المطلب الثاني

الدين

١٠٩ — صلة الدين بالقانون

يقصد بالدين القواعد والاحكام التي ينزلها الله بوحى من عنده على الناس ، وهي تنظم عادة العبادات أى علاقة المرء بربه ، والاخلاقيات أى علاقة

المرء بنفسه • ولما كانت مثل هذه العلاقات لاتعنى القانون فى الاصل كما سبق البيان ، فضلا عن أن الجزاء على مخالفة قواعد الدين لايمدو مجرد الجزاء الاخرى أو استنكار الضمير ، فقد ظل بذلك لكل من الدين والقانون نطاقه الخاص •

غير أن من الاديان ماجاء منتظما — فضلا عن قواعد العبادات وقواعد الاخلاق — لقواعد المعاملات بالمعنى الواسع أى للقواعد التى تحكم علاقة المرء بغيره ، ومقررا — فضلا عن الجزاءات الاخرى — لجزاءات دنيوية كغرامة لاحترام احكامها ، ومن هنا نشأت صلة الدين بالقانون • ثم أتبع لمثل هذه الاديان أن تنتشر فى بعض الجماعات ، وأن يطبق من قواعدها مايمس القانون تطبيقا عمليا تكفله قوة الاجبار الجماعى ، ففدا الدين فى هذه الجماعات مصدرا رسميا للقانون — فيما يطبق من قواعده — الى جنب المصادر الرسمية الاخرى . بمعنى أن الدين صارت لقواعده قوة الزام عملية تستمد منه مباشرة دون واسطة من أى مصدر رسمى آخر ، بحيث غدت هذه القواعد الدينية تلزم الافراد بقوتها الذاتية أى بقوة صدورها عن الله ، دون أن يكون للدولة أى نصيب فى فرضها أو الالزام بها ، وانما يقتصر دور الدولة فى شأنها على تسخير قواها المادية الغالبة فى سبيل كفالة احترامها •

ثم تهاوت مع الزمن هبة الدين وغلب عليه التشريع ، فزحزحه فى أغلب الجماعات عن مكانه بين المصادر الرسمية للقانون ، ورده فى بعضها الى أن يكون مجرد عامل من عوامل الحقائق الواقعية التى تسهم بنصيب فى تكوين جوهر القانون ، أى كمصدر تاريخى تستقى منه أحكام التشريع •

غير أن قلة من الجماعات ما تزال تحتفظ للدين بمكانة بين المصادر الرسمية للقانون ، فى نطاق يتفاوت بتفاوت تمسكها بالدين ، وتفاوت نشاط حركة التشريع فيها • ومن بين هذه الجماعات أكثر الدول العربية حيث يعتبر الدين الاسلامى مصدرا رسميا للقانون فيها ، اما بوصفه مصدرا أصليا عاما ، واما بوصفه مصدرا أصليا خاصا فى نطاق محدود هو عادة نطاق مسائل الاحوال

الشخصية ، وأما بوصفه مصدرا احتياطيا ، بل وحيث تعتبر باقى الأديان السماوية الأخرى كذلك مصدرا أصليا حاصا بمعتقداتها فى نطاق مسائل الأحوال الشخصية . أما الدول الغربية التى انتشرت فيها الدين المسيحى ، فلم تعد تعتبر هذا الدين مصدرا رسميا للقانون فيها اليوم . ويعتبرنا أساسا فى هذا المقام التعرض للدين الإسلامى والدين المسيحى ، فهذان الدينان المتقابلان اليوم فى الشرق والغرب ، يختلفان فيما لكل منهما من قوة الزام بالقواعد القانونية فى نطاق العمل ، على النحو الذى نوجزه فيما يلى .

١١٠ - الدين المسيحى

تحكمت ظروف العصر الذى نشأ فيه هذا الدين ، فى صرفه عن وضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح تحكم العلاقات الاجتماعية وروابط الناس بعضهم ببعض ، وفى حصر جهده فى تثبيت قواعد الاخلاق وتقويم النفوس . ذلك ان الدين المسيحى قد نشأ فى عصر ومكان مزدهم بالشرائع والقوانين والنصوص من شريعة موسى وشريعة الرومان ، فلم تكن الحاجة اليه لياتى بمزيد من القواعد القانونية والاحكام الدينية ، وانما كانت الحاجة اليه اكبر ماتكون لانتفاذ الشرايع والقوانين من أيدي الجامدين والحرفيين وعبداء الالفاظ والنصوص . من أجل ذلك ترك الدين المسيحى مجال انقانون ، فلم يعرض لقواعده القائمة بتعديل أو إلغاء ، واقتصر على مخاطبة النفوس والضمائر يروضها بالاخلاق ويهذبها بالعبادة (١) ، ففصل بذلك بين الدين والدولة وبين الدين والقانون ، وقال قولته المشهورة « ماله لله ، وما يقصر ليقصر » .

ثم اتيح للدين المسيحى ان ينتشر بعد ذلك فى اتحاء الارض وعلى الاخص فى بلاد الغرب ، فاتباع بذلك لرجال الكنيسة حظ موفور من السيطرة والنفوذ والسلطان حتى اختلطت السلطة الدينية بالسلطة الزمنية وامكن للكنيسة ان

(١) انظر فى ذلك :

عباس محمود العقاد ، مبكرة المسيح ، ١٩٥٣ ، ص ١٢٢ و ١٢٣ .

تفرض على الناس — الى جانب قواعد القانون الرومانى السائد حينئذى أغلب هذه البلاد — قواعد قانونية فى شئون كثيرة مختلفة تقتصر بالزواج والطلاق والميراث والوصية والعقود . وهى قواعد لم ينزل بأكثرها الدين المسيحى نفسه — لانه كما سبق البيان دين قد اعتزل فى نشأته السلطة وابتنى عن نطاق القانون — ولكن خرجها فقهاء الكنيسة تخريبا من المثل والمبادئ المسيحية . فتكون من ذلك ما يعرف بالقانون الكنسى (١) ، وهو قانون ليس مصدره الرسمى المباشر الدين المسيحى نفسه كما قلنا ، وانما مصدره الكنيسة نفسها ، واجتهاد فقهاء وقضاة اجتهدا يستلهم روح الدين المسيحى وتمسك باليم السيد المسيح .

وظل القانون الكنسى معمولاً به فى أغلب هذه البلاد — أى كمصدر رسمى للقانون فيها — حتى استقلت السلطة الزمنية بالامر وقوضت سلطان الكنيسة بفصلها عن الدولة فصلاً تاماً . فاندثر بذلك القانون الكنسى باعتباره مصدراً رسمياً ، وإن ظل له من نفوذه وسلطانه على النفوس ما أبقاه الى اليوم مصدراً تاريخياً يستقى منه كثير من قواعد القانون فيها . ولعل من أهم قواعد القانون الحديث التى يعتبر القانون الكنسى مصدراً تاريخياً لها قاعدة الرضائية فى العقود ، تلك القاعدة التى نص عليها فقهاء الكنيسة ، فحرروا بها العقود من الشكليات التى كان يشترطها القانون الرومانى لتمام انعقادها ، واكتفوا فى ذلك بمجرد تراضى الطرفين .

وسنرى فيما بعد أن الدين المسيحى ، أو على الأصح ما تكون من قواعد دينية مسيحية نتيجة اجتهد الفقهاء الكنسيين ، يعتبر مصدراً رسمياً للقانون المصرى — كغيره من الأديان السائدة فى مصر — فى بعض مسائل الأحوال الشخصية .

(١) راجع فى القانون الكنسى وتطوره من حيث مدى اتصاله بالقانون :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 165. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 66. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. 1, No. 79.

١١١ — الدين الاسلامى

أما الدين الاسلامى ، فقد نزل به الوحي دينا وقانونا فى آن واحد ، أو — كما جرى على اللسن — نزل دينا ودولة . فلم يمتنع بوضع قواعد الاخلاق وقواعد العبادات ، بل جاوز هذا النطاق الاصى لئلا يوضع قواعد للفانون نحكم المعاملات بمعناها الواسع ، فتضمن قواعد كثيرة خاصة بالزواج والنسب والطلاق والولاية والوصاية والميراث والوصية والعقود والاثبات والجرائم والعقوبات أو الحدود .

وقد نزل الوحي بهذه القواعد اما معنى ولفظا من عند الله فى الكتاب أى القرآن ، واما معنى فقط من الله جرى به قول الرسوس أو فعله . ثم اتيح للشرعية الاسلامية أن تنمو ويتسع نطاقها بفضل الاجماع من ناحية ، والقياس من ناحية أخرى . فنشأ من ذلك كله نظام قانونى ضخمة تماسك كان من الممكن أن يظل سائدا الى اليوم فى البلاد الاسلامية سد حاجاتها ومطالبها التى استحدثتها العصر الحديث ، لو لم يحكم عليه بالجهود اقفال باب الاجتهاد . فهل تم صربة وجهت الى الشرعية الاسلامية أكبر من اقفال باب الاجتهاد وتحريم الرأى على المجتهدين من الفقهاء ؟ . كأنها تكفى كلمة تقال بتحريم الاجتهاد وقتل بابيه حتى يقفل المجتمع بابيه دون التطور ويعيش فى عصره على تراث الماضى وتركه الإباء (١) ! .

وأيا ما كان الامر ، فقد ظلت الشريعة الاسلامية — باعتبارها المصدر النرسى الاول للقانون — سائدة فى البلاد العربية بوجه عام الى عهد قريب ، ثم ابتداء الوعى يتيقظ فى هذه البلاد بعد قرون طويلة من التأخر والاحتلال وأصبح من الحتم مسيطرة روح العصر بما استحدثت من حاجات وضروب نشاط لم تكن معهودة من قبل .

ولم تكن هذه المساهرة لتقتاتى الا بسلوك أحد ضريقين : اما القيام بحركة

(١) يبدو أن الثورة على اقفال باب الاجتهاد قد بلغت أخيراً بعض المعاصرين من فقهاء الشريعة الاسلامية (أنظر فى ذلك بخاصة : محمد يوسف موسى ، الفقه الاسلامى ، مدخل لدراسته — تنظيم المعاملات فيه ، ١٩٥٤ ، فقرات ٣٠١ و ٣٠٢ ، ص ٢٠٤ — ٢٠٦) .

احياء واسعة للشريعة الاسلامية ، بعد أن قضى على أحكامها بالجمود والقصور
اقفال باب الاجتهاد طوال قرون عدة . وإما الاتجاه الى الغرب لاقتباس ما
وضع فيه من قواعد قانونية حديثة ترضى حاجات العصر ونزعاته ومطالبه .

وقد سلكت أكثر الدول العربية الطريق الثانى تعجيلا بالاصلاح المنشود ،
ونكولا عن حمل اعباء الطريق الاول أمام ما تتطلبه حركة احياء الشريعة
الاسلامية من جهود جمة ومصاعب جسيمة . فابتدأت حركة التشريع تنشط
فيها وتروج على حساب الشريعة الاسلامية، حتى تخلفت بهذه الشريعة المرتبة
بين مصادر القانون الرسمية فيها ، أو ضاقت نطاق الزامها في العمل ضيقا
كبيرا كاد يقتصر على مسائل الاحوال الشخصية أو حتى على بعضها الوثيق
الصلة بالشخص كمسائل الزواج والطلاق والنسب .

أما بقية الدول العربية — وهى قليلة نادرة — فإن ظروفها الخاصة لم
تشعرها بجمود فقه الشريعة الاسلامية وتخلفه — أمام اقفال باب الاجتهاد — عن
روح العصر ومطالبه . لذلك لم تستشعر هذه الدول حاجة ، لا الى الاقتباس عن
قوانين الغرب الحديثة المتطورة، ولا الى القيام باستغناء عن هذا الاقتباس—
بحركة احياء شاملة لاحكام الشريعة الاسلامية . ومن هنا ما زالت هذه
الشريعة — كما ثبتت عليه أحكامها منذ اقفال باب الاجتهاد — هى المصدر
الرسمى الاول للقانون فيها .

المطلب الثالث

الفقه

يقصد بالفقه (La Doctrine) مجموع ما يستنبطه الفقهاء ويستخلصونه
من أحكام قانونية . وقد تفاوتت نظرة الجماعات الى الفقه تفاوتا كبيرا . فقد
عرفته فى القانون القديم بعض الجماعات والشرائع مصدرا رسميا للقواعد
القانونية فيها . وانتهى به الامر فى القانون الحديث الى أن يصبح مجرد
مصدر تفسيرى ، لا قوة الزامية لاحكامه وقواعده . فنعرض فى ايجاز لدور
الفقه فى القانون القديم ، ثم لدوره فى القانون الحديث .

١١٢ — الفقه مصدر رسمي في القانون القديم

كان للفقه حظ عند بعض الجماعات القديمة كمصدر رسمي من مصادر الالتزام بالقواعد القانونية . اذ أعطى بعض الفقهاء في القانون الرومانى حق الفتوى الملزمة للقضاء ، ولكن في خصوص القضية المعطاة بشأنها الفتوى وحدها . ثم انتهى الامر في اوائل القرن الخامس الميلادى الى اعتبار آراء خمسة من كبار فقهاء الرومان آراء ملزمة يتعين على القضاء احترامها والاخذ بها فيما يطرح أمامه من منازعات (١) . وقد اعتمد « جوستينيان » على آراء هؤلاء الفقهاء في وضع مجموعاته القانونية .

وكذلك فند عظمت منزلة الفقه في الشريعة الاسلامية حتى طفى عنى القضاء ، فأصبح تقليدا محضا للفقه ، وخاصة بعد أن أقفل باب الاجتهاد (٢) وتقيد الراى بالمذاهب الاربعة المشهورة عند السنة: المذهب الحنفى والمالكي والشافعى والحنبلى . بل انتهى الامر الى التشيع لمذهب بعينه من هذه المذاهب الاربعة ، والزام القضاء بالحكم وفقهه . وما يزال اثر ذلك بارزا في مصر، حيث يتقيد القضاء فيها الى اليوم — فى المسائل التى ما تزال محكومة أساسا بالشريعة الاسلامية — بالاخذ بأرجح الاقوال فى المذهب الحنفى .

١١٣ — الفقه مصدر تفسىرى فى القانون الحديث

غير أن الفقه قد فقد فى العصر الحديث قوته الملزمة ، فانعدم دوره كمصدر رسمى للقواعد القانونية، ولم يعد لآراء فقيه من الفقهاء مهما علا شأنه ولا لآراء جمهرة الفقهاء قوة الزام قانونية يخضع لها القضاء أو يتقيد بها . وبذلك

(١) أصدر امبراطور الدولة الشرقية و امبراطور الدولة الغربية الرومانية قانونا مشتركا فى سنة ٤٢٦ ميلادية ، قضى بقصر التقيد بالفقه على آراء الفقهاء الخمسة المشهورين : « جايوس » و « بول » و « البيان » و « بابنيان » و « مودستيان » ومن نقلوا عنهم الفقهاء القدامى ، بحيث اذا اختلفت الآراء اعتمد رآى الاغلبية ، واذا تساوت اعتمد الجانب الذى ينحاز اليه « بابنيان » (انظر : عمر ممدوح مصطفى ، الفقه عند الرومان ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، السنة الثانية ، العدد الرابع ، ص ٦٠٠ و ٦٠١ . — عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبوستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٢ ، ص ١١٢) .

(٢) انظر فى دور الفقه فى الشريعة الاسلامية : عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبوستيت ، المرجع السابق ، خاصة فقرة ١٠٦ .

أصبح دور الفقه اليوم قاصرا على تفسير القانون بما يتاح له من التوفر على الدراسة العلمية لأحكامه وقواعده ، مما ينير الطريق أمام القضاء فيما يواجهه من مهمة تطبيق القانون .

فقد الفقه إذن في القانون الحديث مجرد مصدر تفسيري للقواعد القانونية . وليس ينتقص ذلك من قدره ، فمهمته ما تزال عظيمة الأثر والخطر .

إذ يوجه القضاء ، كما قلنا ، بتفسيره أحكام القانون . كما يوجه المشرع بتبنيه إلى الفاسد من هذه الأحكام ليرفعه وإلى الناقص منها ليكملها ، وإن كان يستعين في تبين هذا الفساد وذاك النقص بما يظهره العمل فيما يطرح أمام القضاء من منازعات .

وإذا كان الفقه لم يعد معتبرا بوجه عام مصدرا رسميا للقواعد القانونية في القوانين والشرائع الحديثة ، فإن هذا هو حاله كذلك اليوم في القانون المصري . فباستثناء بعض مسائل الأحوال الشخصية والوقف التي ما يزال القضاء مقيدا فيها إلى اليوم في مصر بالحكم وفق مذهب الحنفية (١) ، ليس للفقه من دور في القانون المصري إلا الدور الذي رأينا الشرائع الحديثة تستقر على الاعتراف له به ، وهو الدور التفسيري الذي يعين على تفهم أحكام القانون واستخلاص أصوله ومبادئه (٢) .

(١) لم يتغير الوضع في هذا الشأن ببقاء المحاكم الشرعية في مصر ، إذ أحال القانون الصادر بهذا الإلغاء المحاكم العادية — التي أصبحت مختصة بالنظر في المنازعات التي كانت داخلة قبلا في اختصاص المحاكم الشرعية — إلى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ١/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) ، وهي المادة التي توجب الحكم طبقا لأرجح الأحوال من مذهب أبي حنيفة فيها هذا الأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة .

(٢) ويقطع بذلك في القانون المصري أن المادة الأولى من التفتين المحدثي الحالي — وهي تعدد المصادر الرسمية للقانون — لم تذكر الفقه من بينها . بل أن المشروع التمهيدى لهذا التفتين كثر حرصا على تأكيد الدور التفسيري للفقه بنصه على أن يستلهم القاضي « الأحكام التي أقرها الفقه بحريا كان أو أجنبيا » ، وذلك على أساس اعتبار الفقه عنصرا من العناصر التي يستأنس بها في استخلاص قواعد القانون وتقصي مفهومها دون أن يكون له قوة في الإلزام (مجموعة الأعمال التحضيرية للتقانون المحدثي ، ج ١ ، ص ١٨٩) . ولكن تقرر حذف هذا النص في مجلسي البرلمان ، إذ الأمر لا يعدو مجرد الاسترشاد ، وفي القواعد العلية ما يقضى من حكمه (المرجع السابق ، ص ١٩٠ و ١٩٢) .

المطلب الرابع

القضاء (١)

إذا كان اصطلاح « القضاء » (La Jurisprudence) ينصرف عادة الى مجموع المحاكم الموجودة في دولة معينة ، الا أنه يقصد به فضلا عن ذلك مجموع الاحكام التي تصدرها هذه المحاكم ، او بمعنى أدق مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها .

وقد تفاوت حظ القضاء - كمصدر من المصادر الرسمية للقواعد القانونية - تفاوتاً كبيراً بتفاوت الزمان وتفاوت الجماعات . فنعرض بإيجاز لاختلاف النظر اليه في هذا الشأن .

١١٤ - القضاء عند الرومان

عرف الرومان القضاء مصدراً من مصادر الالتزام بالقواعد القانونية عن طريق ما كان يصدره كل « بريطور » (Préteur) عند ولايته القضاء من منشور يضمنه القواعد القانونية التي يعترف السير عليها والزام الناس بها، ثم عن طريق « المنشور الدائم » الذي تكون من خلاصة المنشورات القضائية واستمر قائماً حتى عهد الإمبراطورية (٢) .

(١) راجع في ذلك بصفة خلاصة :

Gény, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, t. II, Nos. 145—149. — Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit privé français au milieu du XIXe siècle, Etudes offertes à G. Ripert, 1950, t. I, pp. 28-50. — Walline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de G. Scelle, 1950, t. II, pp. 613-632.

(٢) انظر في ذلك :

Marty et Raynaud, t. I, No. 119, p. 201.

عبد الرازق المنهوري وحشمت أبو متيت ، فقرة ١٠٢ .

١١٥ — القضاء في القانون الانجليزي (١)

وكنك كما زال القانون الانجليزي الى اليوم يعرف للقضاء دوره كمصدر
رسمى للقانون ، بل كمصدر من أهم مصادره . فالنظام القانوني الانجليزي
يقوم في جزء كبير منه على اساس « السابقة القضائية » (Precedent)
اي على اساس تقيد كل محكمة بأحكام المحاكم الاعلى منها درجة ، وتقيد
المحاكم العليا بما سبق أن أصدرته هي نفسها من أحكام ، مما يجعل للحكم
القضائي قوة الزام في العمل فيما يطبق أو ينشئ من قاعدة قانونية ، فلانجوز
من بعد مخالفة هذه القاعدة القانونية أو الامتناع عن تطبيقها في نزاع مماثل .

١١٦ — القضاء في اغلب القوانين الحديثة

أما في غير القانون الانجليزي وما ينهج نهجه من قوانين الدول
الانجلوسكسونية أي في أغلب القوانين الحديثة ومن بينها القانون الفرنسي
والقانون المصري ، فلا يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، بل
هو مجرد مصدر تفسيري لها كالفقه سواء بسواء ، مع فارق واحد بينهما يرجع
الى اختلاف وظائفهما . هو أن القضاء يستطيع تطبيق التفسير الذي يعطيه
القانون تطبيقا عمليا فيما يحكم فيه من قضية ، بينما يظل تفسير الفقه نظريا
مبسوطا في بطون الكتب والمؤلفات لا يجد طريقه الى التطبيق العملي الا أن
يأخذ به القضاء طوعا واختيارا اعترافا بما قد يكون لهذا التفسير من حجة
وقوة علمية .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Mohanna, Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés, thèse Paris, 1930.

(٢) انظر في ذلك :

Allen, Law in the making, pp. 225-298. — Goodhart, Le précédent en droit anglais et continental, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit, Le problème des sources du droit positif, 1934, pp. 37 ets.

ميد الرزاق السنهوري وحشمت أبو متهيت ، فترلت ١٠٨ — ١١١ و ١١٢ . — سنهين
مرقس ، لفرة ١٧٤ ، ص ٢٧٤ .

١١٧ — الجدل حول اعتبار القضاء مصدرا رسميا

ولعل هذا الفارق بين الفقه والقضاء ، وتوصل القضاء الى اعطاء تفسيره للقانون قوة في نطاق العمل بتطبيقه هذا التفسير فعلا في المنازعات المطروحة امامه ، هو الذى يكمن وراء ما يراه بعض الفقهاء — وخاصة فى القانون الفرنسى — من اعتبار القضاء مصدرا من المصادر الرسمية للقواعد القانونية (١) .

فالقضاء فى نظرهم ، اذا كان لا يعتبر مصدرا رسميا للقواعد القانونية حين يقتصر على التفسير بمعناه الضيق ، أى حين يطبق قاعدة قانونية واضحة لا تحتاج الى تأويل ، أو حين يعمد الى قاعدة قانونية غامضة فيزيل ما بها من غموض ، الا أنه يعتبر على العكس من ذلك مصدرا للالزام بالقواعد القانونية حين يضطر الى التفسير بمعناه الواسع ، أى حين يضطر أمام عدم وجود قواعد قانونية وضعية الى الحكم فيها بطرح امامه من منازعات لكيلا ينكل عن القضاء فيرتكب جريمة انكار العدل ، اذ هو بذلك انما يخلق قاعدة جديدة يعطيها قوة الالزام فى العمل ، فيعتبر ان ضمن المصادر الرسمية للقانون (٢) .

ويعين على القول — عند هؤلاء الفقهاء — باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية وجود محكمة عليا هى محكمة النقض رقية على احكام

(١) فى هذا المعنى :

De la Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 293. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 119, 120 — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 105-108. Maury, article précité. — Roubier, op. cit., p. 7. — Waline, article précité.

محمد على عمره ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ و ١٥٣ — عدنان القوطى ، الوجيز فى الحقوق المدنية ، ج ١ ، ط ٤ ، ١٩٦٠ ، ص ٢٦٦ — ٢٦٨ .

وقارب فيها يراه بعض الفقهاء المصريين من اعتبار القضاء مصدرا شبيها بالرسمى للقانون المصرى : عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٠ ، وخلاصة ص ١٨٨ .

(٢) يصر بعض الفقهاء اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية على أساس رضا المشرع الذى يسكوته على ما يتتبع القضاء من ميلادى واحكام Waline, article précité, (pp. 627 et s.). اوعلى أساس مقل ذوى الشأن من الجمهور له ممثلين فى القضاء والفتوى . ورجال القانون (Maury, article précité, pp. 43 et s.).

انظر فى انتقاد هذه التبريرات :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 159, pp. 382, 383.

المحاكم ، مما يمكن من توحيد القواعد القانونية التي يخلقها القضاء ويبتدعها عند عدم وجود قواعد وضعية تطبق على المنازعات المطروحة أمامه . بحيث يمكن ان يستخلص من احكام القضاء المتعددة المتباينة بتباين ما حكمت فيه من اقضية ، وبفضل رقابة محكمة النقض وارشادها وتحكيمها بين الحلول والاحكام المتعارضة تحكيما تنزل المحاكم على احترامه . بحيث يمكن ان يستخلص من ذلك اتجاه عام موحد للقضاء ، وقواعد ثابتة يستقر عليها ويلتزم بها فيما امامه في المستقبل من اقضية متماثلة (١) فترتفع هذه القواعد بذلك عن مجرد القواعد الموضوعية لنزاع يعينه الى مرتبة القواعد العامة المجردة التي تتسع في الحال وفي الاستقبال لطائفة غير متناهية من الافراد والروابط المتماثلة في صفاتها وشروطها ، مما يعطيها صفة القواعد القانونية بالمعنى الصحيح .

١١٨ — القضاء مصدر تفسيري حيث لا يوجد نظام السوابق القضائية

ولكن الواقع انه لا يمكن التسليم باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية في نظام قانوني لا يعترف بوجود سوابق قضائية ملزمة (٢) . ذلك ان وظيفة القضاء تنحصر في مجرد تطبيق القواعد القانونية مما يفترض وجود هذه القواعد سلفا ، وتماثل خلقها وتكوينها من قبل عن طريق سلطات اخرى غير سلطات القضاء .

فضلا عن انه لكي يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقانون — حتى في الحدود التي يقول بها بعض الفقهاء ، اى عند عدم وجود قاعدة من القواعد القانونية

(١) انظر في هذا المعنى صفة خاصة :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 294-296.

(٢) في هذا المعنى :

Bonnetcase, Introduction à l'étude du droit, Nos. 113-118. — Génay, op. cit., t. II, Nos. 146-148. — Ripert, Les forces créatrices du droit; No. 4, pp. 159-161.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فترات ١١٥ و ١٢٠ . — سليمان مرقس ، فقرة ١٧٥ — محمد علي أمام ، فترات ١٤٢ — ١٤٤ . — محمود جمال الدين زكي ، فترات ٧٢ — ٧١ .

الوضعية يمكن تطبيقها — ينبغى أن تتوافر للحلول التى يخلقها القضاء ويستدعها صفة القواعد القانونية . بمعنى أنه يجب أن تتوافر لهذه الحلول التى تستقر عليها أحكام القضاء صفة العموم والتجريد من ناحية ، وصفة الالتزام من ناحية أخرى . فهل تتوافر حقيقة هاتان الصفتان فى قضاء لا يستوى على أساس من المساوىق الملزمة ؟

الواقع أن صفة العموم والتجريد مفقودة فى الحلول التى ينشئها مثل هذا القضاء ، لأنها محدودة بالخصومات التى صدرت فيها فلا تتعداها الى غيرها من الخصومات المستقبلية المتماثلة ، فهى إذن حلول خاصة لا ترتفع الى مرتبة القواعد العامة المجردة (١) .

ولا يطمئن فى ذلك القول بأن المقصود هو الاتجاه العام الذى يستخلص من استقرار أحكام القضاء على حل معين ، لأنه حتى تكون لمثل هذا الاتجاه العام صفة القاعدة العامة المجردة ، ينبغى أن تكون انتاجها تلتزم المحاكم جميعا دون استثناء بالسير فيه والحكم بمضمونه كلما عرض نزاع متعلق بموضوعه . وهو ما لا يتحقق دائما ، لأنه لا يوجد قانونا ما يلزم محكمة من المحاكم — فى نظام لا يقوم على أساس من المساوىق القضائية الملزمة — باتباع اتجاه عام معين للقضاء ابتدعه وتواتر على السير فيه .

ومجرد قيام حق المحاكم قانونا فى مخالفة هذا الاتجاه العام — ولو لم تخالفه فعلا — يمنع من توافر صفة العموم والتجريد له ، إذ لا يتوجه حينئذ هذا الاتجاه العام الى طائفة غير متناهية من الاشخاص والروابط المتماثلة بصفاتها وشروطها كما هو الشأن فى كل قاعدة قانونية ، وإنما يتوجه فحسب الى من ترغب كل محكمة رغبة اختيارية فى إخضاعه من هذه الطائفة لحكم هذا

(١) بل أن بعض المشرعين فى القانون الحديث يحرم على النص على نفي كل شك فيقوم فى هذا الصدد ، منعا للخلط بين الأحكام القضائية والقواعد القانونية ، وتأكيدا لاحتصاص السلطة القضائية فى اختصاصها الاصيل وهو تطبيق القانون دون جور على اختصاص السلطة التشريعية فى انشاء القانون والالتزام بقواعد قانونية . ومن مؤلاء المشرع اللبائى ، الذى نص على أنه « لا يجوز (للمحاكم) أن تصوغ أحكامها فى صيغة الأنظمة » (م ٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية) .

الاتجاه . فتتحدد هذه الطائفة اذن برغبة المحاكم ، لا بصفات من يدخل فيها من اشخاص ، او شروط ما ينطوى تحتها من روابط .

وهذا يكشف عن فقدان الصفة الثابتة اللازم توافرها للحلول القضائية المبتدعة حتى تعد من قبيل القواعد القانونية الوضعية ، وهى صفة الالتزام .
فى نظام قانونى ، كالنظام الفرنسى او المصرى ، لا يقوم على السابقة القضائية الملزمة المعترف بها فى القانون الانجليزى والقوانين الاخرى التى تنهوا توجهه ، يحون من العبث اذن وصف حلول القضاء او اتجاهاته العامة المبتدعة بصفة القواعد القانونية الوضعية .

والقول بعكس ذلك استنادا الى أن وجود محكمة النقض كفيل بحمل بقية المحاكم على احترام ما تبتدعه او تقره من حلول ، انما هو قول يخلط فى الحقيقة بين قوة الالتزام الادبى وقوة الالتزام القانونى لاحكام محكمة النقض .
فقضاء محكمة النقض سواء فى فرنسا او مصر لا يتمتع بقوة الزام قانونى لا بالنسبة اليها هى نفسها ، ولا بالنسبة لما دونها من محاكم : فلا تثريب على محكمة النقض ان رجعت عن قضاء سبق ان استقرت عليه ، ولا جناح على المحاكم الدنيا ان خالفت عن قضاء ثبتت عليه محكمة النقض .

ولئن كان الحاصل فى العمل هو احترام المحاكم الدنيا عادة لما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فليس ذلك الا احتراما مبعثه مجرد الزام ادبى او فعلى لا قانونى ، يرجع الى ما تتمتع به محكمة النقض فى نفوس قضاة المحاكم الدنيا من توقير ومهابة ، والى ما لها من سلطة نقض احكام هذه المحاكم اذا لم تطبق القانون الصحيح .

(١) ومع ذلك ، فينص المشرع المصرى على حالة يكون لقضاء محكمة النقض فيها قوة الزام قانونى ، وهى الحالة التى تنقض فيها محكمة النقض — لغير سبب مخالفة قواعد الاختصاص — حكما من الاحكام لخطا فى تطبيق القانون ، وتحل القضية الى دائرة اخرى فى نفس المحكمة التى اصدرت الحكم المتقوض لتحكم فيها من جديد ، فحظوظ تلزم هذه الدائرة باتباع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصل فيها (م ٢/٢٦٦ من قانون المرافعات الجعيد) . ولكن يجب ان يراعى انه حتى فى هذه الحالة ، فان القضاء الملزم لمحكمة النقض — بما يتعد من حلول جديدة — لا يكون قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح ، لانه قضاء خاص ينزاع معين لا يحدوه الى غيره من المنازعات والخسومات المتباعدة الحاضرة او المستقبلية ، فلا تتوافر له اذن صفة العموم ولا صفة التجريد .

فالتأيت اذن انه فى ظل نظام قانونى لا يقوم على أساس من السوابق القضائية الملزمة ، لا يتمتع قضاء محكمة النقض بقوة الزام قانونى (١) تسبغ على الحلول التى يبتدعها - فى مجال انعدام القواعد القانونية الوضعية - صفة هذه القواعد • ولا يكفى ما يتمتع به هذا القضاء من قوة الزام أدبى أو فعلى لاسباغ هذه الصفة عليها ، اذ يبقى قانونا للمحاكم الدنيا حق المخالفة عنها ولو على حساب تعريض احكامها للنقض •

١١٩ - القضاء مصدر تفسيرى فى القانون المصرى

يخلص من كل ذلك أن القول باعتبار القضاء مصدرا للقواعد القانونية قول غير صحيح فى دول كمصر وفرنسا ، لا وجود فيها للسابقة القضائية المعترف بقوتها الملزمة فى الدول الانجلو سكسونية • ولذلك لا يعتبر القضاء فيها الا مجرد مصدر تفسيرى فحسب •

وهذا واضح فى القانون المصرى ، حيث تغفل المادة الاولى من التقنين المدنى « القضاء » وهى بسبيل تعديد المصادر الرسمية للقانون • ويزيد فى تأكيد ذلك حذف النص ، الذى كان يتضمنه المشروع التمهيدى لهذا التقنين ، على أن يستلهم الاحكام التى اقرها القضاء ... مصريا كان أو أجنبيا « . فرغم ما هو ظاهر من أن هذا النص كان لا يعنى الا الرجوع الى احكام القضاء على سبيل استثناس لا الالتزام ، الا انه رؤى ان من الاوضح حذفه حتى لا ينصرف الذهن الى الالتزام بهذه الاحكام واعتبار القضاء بالتالى مصدرا رسميا للقانون المصرى • وليس فى حذف مثل هذا النص على أى حال ما يضر ، ففى القواعد العامة ما يعنى عن حكمه (١) فى اعتبار القضاء مصدرا تفسيريا يستأنس به •

واذا كان القضاء مجرد مصدر تفسيرى على هذا النحو ، فلا ينفى ذلك أن دوره يبقى فعلا وكبيرا فى الحياة القانونية ، اذ هو الميدان الذى تعرض فيه

(١) مجموعة الامال التفسيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٢ •

صور عملية شتى لتطبيق القواعد القانونية المجردة ، وهو الاداة التى تعين على جعل القانون دائما متمشيا مع ما يستجد فى الحياة الاجتماعية من مطالب وحاجات .

لذلك تبدو الاهمية البالغة للوقوف على احكام القضاء ، بحيث تبدو الحاجة ملحة الى وجوب نشر هذه الاحكام فى مجموعات دورية لتيسر الاطلاع عليها . وفى القانون المصرى ، توجد مجموعات قضائية عديدة رسمية وخاصة على السواء ، نعرض لاهمها فيما يلى :

١ — « المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية » التى كانت تصدرها وزارة العدل منذ سنة ١٩٠٠ . وقد أصبحت هذه المجموعة منذ سنة ١٩٦٣ تصدر عن المكتب الفنى بمحكمة النقض ، وتغير عنوانها الى « المجموعة الرسمية للاحكام والبحوث القانونية » .

٢ — « مجموعة القواعد القانونية التى اقترتها محكمة النقض » والمعروفة باسم مجموعة عمر ، وتتضمن فى خمسة اجزاء احكام الدائرة المدنية وفى سبعة اجزاء احكام الدائرة الجنائية التى اصدرتها المحكمة منذ انشائها الى نهاية العام القضائى ١٩٤٨ — ١٩٤٩ .

٣ — « مجموعة احكام النقض » التى يتولى المكتب الفنى بمحكمة النقض (١) منذ سنة ١٩٥٠ نشرها فى مجموعتين مستقلتين ، احدهما لاحكام الدائرة الجنائية ، والاخرى لاحكام الدائرة المدنية ودائرة الاحوال الشخصية والجمعية العمومية والهيئة العامة .

٤ — « مجلة المحاماة » التى تصدرها نقابة المحامين الوطنية منذ سنة ١٩٢٠ .

(١) وقد قام المكتب الفنى كذلك بنشر مجموعتين اجديتين للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ربع القرن الاول من حياتها اى من سنة ١٩٢١ الى سنة ١٩٥٥ ، الاولى للاحكام المدنية وتقع فى جزئين ، والثانية للاحكام الجنائية وتقع فى ثلاثة اجزاء .

٥ — مجلة « التشريع والقضاء » التي كانت تصدر عن دار النشر للجامعات المصرية منذ سنة ١٩٤٨ ، والتي توقفت عن الصدور في السنوات الأخيرة .
وتنبئ الإشارة الى انه صدرت اثناء قيام المحاكم المختلطة في مصر ثلاث مجموعات لنشر احكامها هي : « المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة » و « نشرة التشريع والقضاء المختلط » Bulletin de législation et de jurisprudence mixtes التي كانت تصدر عن نقابة المحامين امام المحاكم المختلطة مقتصرة على نشر احكام محكمة الاستئناف المختلطة و « جازيت المحاكم المختلطة » . Gazette des tribunaux mixtes .

المبحث الثاني

المصادر الرسمية للقانون المصري

١٢٠ — تمهيد وتقسيم

استعرضنا بوجه عام — حتى الان — المصادر الرسمية المختلفة للقواعد القانونية في مختلف الجماعات . ويعنيها فيما يلي أن نقف على المصادر الرسمية للقانون المصري بوجه خاص .

ولقد انتهينا فيما سبق الى استبعاد الفقه والقضاء من عداد المصادر الرسمية للقواعد القانونية في هذا القانون . فلا يبقى منه اذن — مما تعرفه الجماعات عموما من مصادر رسمية — الا التشريع والعرف والدين . وقد تفاوت حظ هذه المصادر الثلاثة في اعتماد القانون المصري عليها تفاوتا كبيرا . فقد كانت الشريعة الاسلامية هي السائدة في مصر منذ الفتح الاسلامي باعتبارها الشريعة العامة فكانت اهم مصادر الالتزام بالقواعد القانونية عموما ، الا بالنسبة لمسائل الاحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين ، اذ كان المرجع فيها الى ديانات الخصوم وملهم المختلفة . وكان حظ العرف والتشريع ضئيلا متواضعا الى جنب الشريعة الاسلامية .

ثم كان أن بدأت حركة التشريع والتقنين الحديثة في مصر منذ أوائل الربع الأخير من القرن الماضي ، فقفز بذلك التشريع الى مكان الصدارة بين المصادر الرسمية للقانون فيها ، وانكمش نطاق الشريعة الإسلامية انكماشاً كبيراً ، حتى كادت تساوى الشرائع والملل الدينية الأخرى من حيث انحصارها في مجرد الالتزام بقواعد الأحوال الشخصية . بل أن هذا النطاق ذاته ظل يضيق ويتراجع أمام امتداد التشريع الى تناول بعض مسائل الأحوال الشخصية ، مما أصبح معه الدين — على اختلاف أنواعه باختلاف عقائد الخصوم — مجرد مصدر رسمي للبعض من مسائل الأحوال الشخصية التي ظلت بمعناى عن تدخل التشريع . وبقي للعرف دوره كمصدر رسمي للقانون المصرى الى جنب التشريع والدين .

وعند اعداد التقنين المدنى الحالى — الذى وضع موضع التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو أجل انتهاء المحاكم المختلطة وتوحيد القانون والقضاء بالنسبة للمصريين والاجانب على السواء — رؤى أن يفرد للشريعة الإسلامية بين مصادر القانون المصرى الرسمية — فضلاً عن مركزها كمصدر رسمى أصلى فى بعض مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة الى المسلمين — مركز خاص فى غير مسائل الأحوال الشخصية ، بحيث يرجع اليها — عند قصور قواعد التشريع والعرف — بالنسبة الى الجميع مسلمين وغير مسلمين . فنصت الفقرة الثانية من المادة الاولى من التقنين المدنى الحالى على أنه اذا « لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية » . وبذلك أصبحت الشريعة الإسلامية — فى غير مسائل الأحوال الشخصية — مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون المصرى تأتى مرتبتها بعد العرف .

ويراعى أن هذا النص ، بعد أن أوجب الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية عند عدم وجود تشريع أو عرف ، حذى فأوجب الحكم — عند عدم وجود مبادئ للشريعة الإسلامية — بمقتضى « مبادئ القانون الطبيعى وقواعد

العدالة ، • وعندنا ان الاحالة على مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا تخلق من هذه المبادئ وتلك القواعد مصدرا رسميا بالمعنى الاصلاحي الدقيق فهذه الاحالة لا تعدو أن تكون رجوعا بالقاضى الى جوهر القانون ، أى الى المصادر المادية او الموضوعية للقاعدة القانونية يستلهم منها الحل ، وهو ما نعرض له فى موضعه الطبيعى عند الكلام فى تفسير القاعدة القانونية •

وعلى هذا النحو نستطيع ان نقول ان المصادر الرسمية للقانون المصرى هى : أولا ، فى غير مسائل الاحوال الشخصية : التشريع ، ثم العرف ، ثم الشريعة الاسلامية . وثانيا ، فى مسائل الاحوال الشخصية : الدين اى الديانات المختلفة فى مصر باختلاف عقائد المصريين •

غير ان هذه المصادر الرسمية ليست جميعا فى مرتبة واحدة : فبعضها مصادر اصلية تطبق قواعدها ابتداء ومباشرة قبل الرجوع الى اى مصدر رسمى آخر ، كالتشريع من ناحية ، والدين فى حدود اختصاصه اى فى بعض مسائل الاحوال الشخصية من ناحية أخرى • وبعضها مجرد مصادر احتياطية لا تطبق الا عند عدم وجود نص فى التشريع ، وهى العرف ، ثم الشريعة الاسلامية •

وعلى هذا النحو ، نعرض للمصادر الرسمية للقانون المصرى فى مطلبين :
المطلب الاول — فى المصادر الاصلية •
المطلب الثانى — فى المصادر الاحتياطية •

المطلب الاول المصادر الاصلية

١٢١ — ازدواج المصدر الاصلى للقانون المصرى •

قلنا ان المصادر الرسمية الاصلية يقصد بها الدلالة على تلك المصادر التى تطبق قواعدها مباشرة وابتداء ، فيرجع اليها — عند التطبيق — قبل الرجوع الى اى مصدر رسمى آخر •

والصادر الرسمية الاصلية في القانون المصري مصدران : مصدر أصلى عام هو التشريع ، ومصدر أصلى خاص هو الدين . والمقصود من اعتبار التشريع مصدرا أصليا عاما ، الدلالة على ما له من اختصاص عام في الالتزام ابتداء بالقواعد القانونية ، فاخصاصه اذن لا يقتصر على مسائل معينة ، وانما يمتد ويعم كل المسائل التي يتعرض لها القانون ، بحيث تكون قواعده هي المرجع الاول في كل المسائل عموما الا ما يستثنى منها استثناء بحثا بالاحالة في شأنها ابتداء الى مصدر رسمي آخر . أما اعتبار الدين مصدرا أصليا خاصا ، فالمقصود منه الدلالة على أن الأديان المختلفة السائدة في مصر — باختلاف عقائد المصريين وملهم — هي المرجع الاول في حدود مسائل معينة محددة لا تعدوها ، هي بعض مسائل الاحوال الشخصية أساسا .

وقد دعا الى هذا ازدواج في المصدر الاصلى في القانون المصري ، ما ثبت في مصر من تقاليد منذ الفتح الاسلامي من اعتبار مسائل الاحوال الشخصية وثيقة الصلة بالدين ، وترك غير المسلمين وما يدينون بشأنها بحيث يخضع كل منهم — في مسائل الاحوال الشخصية — لاحكام دينه وملته ، وي طرح المنازعات المتعلقة بها أمام مجلس قضائه الديني أو الملى . فكان من العسير — ومثل هذه التقاليد ما زالت راسخة النفوس — توحيد القواعد القانونية في كل مسائل الاحوال الشخصية عن طريق التشريع .

وظاهرة ازدواج المصدر الاصلى للقانون المصري (١) ، هي التي تحدد لنا نهج البحث في شأنه . ولذلك نتكلم أولا في التشريع بوصفه المصدر الاصلى العام ، ثم في الدين بوصفه المصدر الاصلى الخاص .

(١) سنرى من بعد أن هذا الازدواج معيب ، إذ يقتضى على ما يجب أن يقوم بين الوطنيين جبيها من وحدة في القانون ووحدة في الهيئة القضائية . لكننا سنرى أن المشرع المصري قد ابتداء أخيرا السير في طريق هذه الوحدة بتوحيد الاختصاص القضائي في مسائل الاحوال الشخصية بالنسبة الى الجميع دون تفرق بين الأديان ، وبتوحيد القواعد القانونية كذلك بالنسبة الى الجميع في شأن بعض مسائل الاحوال الشخصية المحدودة ، مما يشر بقرب استكمال تلك الوحدة بعد قرون طويلة من تعدد قواعد القانون وتفرق جهات القضاء بين المصريين بتعدد دياناتهم وتفرق مللهم .

أولا — التشريع المصدر الاصلى العام

١٢٢ — تمهيد وتقسيم

سبق أن أشرنا الى أن العرف كان أسبق المصادر الرسمية الى الوجود ، فكان حظ التشريع الى جنبه ضئيلا فى الجماعات القديمة • غير أن الوضع قد انقلب فى العصر الحديث فأصبح التشريع — فى أغلب الجماعات اليوم — فى المرتبة الاولى بين مصادر القانون الرسمية • ومرد ذلك الى تعدد ضروب النشاط فى الجماعات الحديثة وتضخم حاجاتها وتعقدها وتعارض المصالح فيها وتشابكها ، مما يحتاج الامر معه — نظرا الى وفرة القواعد القانونية الواجب فرضها — الى سرعة سنّها من ناحية ، والى حسن صياغتها صياغة فنية دقيقة من ناحية أخرى ، وهو مالا يتوافر الا للتشريع الذى تقوم على شؤنه هيئة أو هيئات معينة متخصصة فى سن القواعد القانونية وصياغتها ، بما يتوافر لها من خبرة بأدوات القانون ووسائله وبصر بأهدافه وغاياته ، فضلا عن أن رواج المذاهب الاجتماعية والاشتراكية فى العصر الحديث وهى التى تقوم على أساس من تدخل الدولة تدخلا مباشرا فى كل مظاهر النشاط فى الحياة الاجتماعية قد مكن للتشريع فى الاهمية ، فهو أداة الدولة ووسيلتها الى التدخل المنشود .

وقد احتل التشريع فى القانون المصرى المرتبة الاولى بين مصادره منذ صدور التقنينات المصرية المختلفة — المختطة منها والاهلية — فى اوائل الربع الاخير من القرن الماضى ، بحيث أصبح هو المصدر الرسمى الاصلى العام له ، أى صارت كل المسائل عامة — الا ما استثنى — خاضعة أصلا وبإبداء لنصوصه •

١ — خصائص التشريع

١٢٣ — تمهيد

التشريع هو قيام سلطة عامة مختصة فى الدولة بالتعبير عن القاعدة

القانونية والتكليف بها فى صورة مكتوبة ، أو هو قيام هذه السلطة بصياغة القاعدة القانونية صياغة فنية مكتوبة واعطائها قوة الالزام فى العمل . ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على ذات القاعدة التى تصدر عن هذا المصدر ، وعلى هذا النحو يقصد بالتشريع كل قاعدة قانونية تصدر فى وثيقة رسمية مكتوبة عن سلطة عامة مختصة فى الدولة .

ومن هنا يتميز التشريع بأنه يضع أولا قاعدة قانونية ، وبأنه يصدر ثانيا فى صورة مكتوبة ، وبأنه يصدر ثالثا عن سلطة عامة مختصة . فنتكلم فى كل هذه الخصائص على التوالى .

١٢٤ - التشريع يضع قاعدة قانونية

يقصد بذلك أن يضع التشريع قاعدة ملزمة للسلوك عامة مجردة . ولذلك لا يعتبر تشريعا أو قاعدة تشريعية الامر الذى يصدر عن سلطة عامة مختصة فى الدولة خاصا بشخص معين بذاته أو متعلقا برابطة أو واقعة معينة بذاتها . لان مثل هذا الامر - وان صدر عن سلطة عامة مختصة باصداره - لا يضع قاعدة عامة مجردة للسلوك ، اذ لا يتوجه الى طائفة غير محدودة من الافراد يتعين من يدخل فيها بصفته لا بذاته ، ولا الى طائفة غير متناهية من الروابط أو الوقائع يحدد فيها الدخول بشروط معينة . فالتشريع اذن - وهو تعبير عن القاعدة القانونية والزام بها - ينبغى أن تتوافر له كل صفات القاعدة القانونية التى سبق بيانها .

ومن هنا ، تفهم التفرقة التى يذهب اليها بعض الفقهاء بين التشريع بالمعنى الشكلى وبين التشريع بالمعنى الموضوعى أو المادى (١) . فالحكم الذى يصدر فى صورة مكتوبة عن السلطة التشريعية يعتبر تشريعا من الناحية الشكلية ولو لم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية ، بينما لا يصدق وصف التشريع من

(١) انظر :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 198. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 78. — Del Vecchio, op. cit., pp. 307, 308.

(م ١٥ - المدخل الى القانون)

الناحية الموضوعية على الاحكام التى تتخلف فيها خصائص القاعدة القانونية رغم صدورها عن السلطة التشريعية . وواضح ان اعتبار التشريع مصدرا رسميا للقاعدة القانونية لا يمكن أن يؤخذ بهذا الوصف الا بمعنييه الشكلى والموضوعى معا . وعلى ذلك ، فاذا كانت كثير من الدساتير — كالدساتير المصرية المتعاقبة — تقضى بأنه لا يجوز عقد قرض عمومى الا بموجب قانون ، ولا منح احتكار الا بقانون والى زمن محدود ، فان القانون أو التشريع الصادر بعقد القرض أو بمنح الاحتكار لا يعتبر قانونا بالمعنى الموضوعى لتخلف صفة العموم والتجريد فيه وهى من خصائص القاعدة القانونية الرئيسية ، وان كان يعتبر قانونا بالمعنى الشكلى لصدوره عن السلطة التشريعية العادية (١) . وكذلك فاذا كانت ميزانية الدولة تصدر فى صورة قانون أو تشريع ، فان هذا الوصف صحيح من الناحية الشكلية وحدها دون الناحية الموضوعية (٢) .

١٢٥ — التشريع يصدر فى صورة مكتوبة

يقصد بذلك أن يخرج التشريع الى الوجود فى صورة وثيقة مكتوبة تحدد معناه وتنص على الزامه . فيتاح بذلك للقاعدة القانونية التى يتضمنها — عن طريق الالفاظ التى تفرغ فيها افراغا كتابيا — التحديد والثبات اللذان يدفعان عنها الغموض والابهام . وان يكن تقييد معنى القاعدة القانونية بلفظ معين مكتوب ، قد يدفع القاعدة نفسها الى نوع من الجمود يقف بها عن مسيرة التطور فى الجماعة والاستجابة لما يجد من حاجاتها (٣) .

وايا ما كان الامر ، فتميز التشريع بثبوته عن طريق الكتابة (٤) ، يفرق — من هذه الناحية — بينه وبين العرف الذى لا يفرغ فى لفظ مكتوب أو وثيقة

(١) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, *ibid.*

(٢) قارن مع ذلك :

Del Vecchio, *op. cit.*, p. 308.

(٣) وهنا تبدو أهمية الصياغة المرنة ودورها الكبير فى تلافى مثل هذا الجمود كما سبق القول .
(٤) الفرض أن تكون الوثيقة المكتوبة للتشريع وثيقة رسمية صادرة عن السلطة المختصة ، لذلك كان اختلاف العرف عن التشريع من هذا الوجه . وهو اختلاف يظل قائما حتى ولو قام بعض الفقهاء بتجميع قواعد العرف فى كتاب ، اذ تكون الكتابة هنا عملا فرديا مستقلا عن قواعد العرف نفسها التى نشأت وتكونت فى الجماعة فى صورة عملية غير مكتوبة .

مسطورة ، بل يظل معنى يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة معينة مع الاعتقاد في الزام هذه السنة .

ولعل وضع التشريع — دون العرف — في صيغة مكتوبة ، يجعل للاول حظا اوفر من الدقة والتحديد والوضوح بما يحقق الاستقرار والامن في المعاملات ، وان كان يجعل للثاني حظا اوفر من المرونة والقدرة على التكيف وفقا لحاجات الجماعة وتطورها .

١٢٦ — التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة

ليست القاعدة التشريعية بالقاعدة القانونية التي تتكون آليا دون تدخل ارادة عاقلة بصيرة واعية ، بل هي قاعدة تتولى وضعها والالزام بها سلطة عامة مختصة في الجماعة أو الدولة بما لها من حق السيادة فيها . وبذلك يبدو — في التشريع — دور الارادة واضحا جليا في تكوين القاعدة القانونية من حيث الشكل .

وتولى سلطة عامة مختصة في الدولة وضع القواعد القانونية والالزام بها ، صار في العصر الحديث — بعد أن تضخمت الجماعات عما كانت عليه في القديم وتعقدت حاجاتها ومطالبها — أمرا ضروريا يقتضيه ما تحتاجه هذه الجماعات من سرعة في الانتاج القانوني ، وصياغة فنية دقيقة له تيسره للتطبيق العملي في تحديد ووضوح يحققان الاستقرار والامن في المعاملات . فلم يعد في الامكان — كما كانت تفعل الجماعات القديمة — الركون الى العرف والاعتماد عليه بصفة أساسية ، وهو المعروف ببطء انتاجه ، نظرا لما يحتاجه من وقت طويل حتى يتكرر العمل به ويقدم ، وحتى تثبت لدى الافراد العقيدة في الزامه .

ورغم ما يمتاز به التشريع من سرعة في الانتاج ، فان هذه السرعة — ان لم تصاحبها العناية الواجبة — قد تنجم عنها مضار جمة . فقد يغلب المشرع عامل السرعة على عامل الدقة في الصياغة ، مما لا يؤمن معه خروج التشريع معينا أو قاصرا أو متعارضا مع غيره من التشريعات . وهو ما يضطر المشرع الى

الاسراع فى تعديله ، ثم موالة هذا التعديل السريع بتعديل آخر وهكذا ٠٠ حتى تكثر التشريعات فى نفس الموضوع كثرة كبيرة تخل بالاستقرار والثبات الواجب للمعاملات ، وتثير مشاكل دقيقة من التنازع الزماتى من هذه التشريعات المتلاحقة .

وفضلا عن ذلك فان انتشار المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى اليوم هو الذى ركز — بما يستتبع من تدخل الدولة فى كل شئون الحياة والنشاط فى الجماعة تدخلًا متزايدًا — حق وضع القواعد القانونية والالزام بها بين يدى الدولة بسلطاتها التشريعية المختصة تحقيقًا للصالح والعدل العام .

٨ ٢ — سن التشريع

١٢٧ — تمهيد

تحديد السلطة العامة المختصة بسن التشريع فى الدولة أمر يتفاوت تفلوتا كبيرا باختلاف الدول والدساتير . فهى حينما فى يد ملك أو حاكم مطلق . وهى غالبا — فى الدول الحديثة اليوم والديمقراطية منها على الاخص — فى يد مجلس أو مجلسين منتخبين من الشعب ، قد يشاركهما رئيس الدولة بما يكون له من حق التصديق أو الاعتراض ، وقد تعطى السلطة التنفيذية — الى جوار المجالس النيابية — حق التشريع فى مسائل معينة .

والواقع أن تحديد من له حق التشريع من سلطات الدولة أمر يخضع لظاهرة تحكم التشريع هى ظاهرة تدرجه، اذ يقابل هذا التدرج فى التشريع تدرج فى السلطات التى تملك سنه، فالتشريع درجات ثلاث بعضها فوق بعض ، أعلاها هو التشريع الاساسى أو الدستور ، وأوسطها التشريع العادى أو ما يسمى بعض الفقهاء بالتشريع الرئيسى ، وأدناها هو التشريع الفرعى . فنأخذ الآن فى بيان كل درجة من هذه الدرجات الثلاث ، حتى نقف على السلطة المختصة بسن كل منها .

١٢٨ — التشريع الاساسى

يقصد بالتشريع الاساسى التشريع الذى يضع أساس بناء الدولة أى يضع نظام الدولة ودستور الحكم فيها ، فيحدد شكل الحكم فى الدولة ، وتعدد

السلطة العامة فيها ، وتوزع الاختصاصات بينها ، وعلاقتها بالافراد .

والتشريع الاساسى اما أن يصدر كمنحة من الملك أو صاحب السلطان فى الدولة ، واما أن يصدر فى صورة عقد بين صاحب السلطان والشعب ، واما أن تسنه جمعية تأسيسية منتخبة عن الشعب ، واما أن يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء . وواضح أن الصورتين الاخيرتين التى يسن عن طريقهما التشريع الاساسى تستجبان للمبدأ الديمقراطى ولاعتبار الامة أو الشعب مصدر السلطات ، على خلاف الصورتين الاوليين (١) .

ورغم أن سن الدستور عن طريق الاستفتاء الشعبى فيه استجابة لهذا المبدأ وذلك الاعتبار بوسيلة مباشرة ، فاننا نفضل عليه طريق سن الدستور بواسطة جمعية تأسيسية حيث ينفس المجال لتمحيص أحكامه تفصيلا ، وهو ما يستحيل تحقيقه فى الاستفتاء حيث يجب اما قبول مشروع الدستور المعروض برمته أو رفضه بكامله ، وهو مالا يترك فرصة حقيقية للاختيار ، اذ قديضطر الشعب الى تفضيل الموافقة على دستور لا يقر بعض أحكامه لتجنب البلاد عواقب رفضه من تركها محكومة لفترة أخرى — حتى يوضع مشروع آخر يرتضيه — حكما استثنائيا دون دستور . ولا بأس على أى حال — بل قد يكون أفضل — سن الدستور بشكل يجمع بين طريق الاستفتاء وطريق الجمعية التأسيسية ، بأن تتولى جمعية منتخبة عن الشعب وضع مشروع دستور توافق عليه بعد مناقشة أحكامه مناقشة كاملة تفصيلية ، على أن يطرح من بعد للاستفتاء الشعبى (٢) .

(١) اخلفت طريقة سن الدساتير المصرية المتتابعة : فالراجع فى الفقه الدستورى المصرى أن دستور سنة ١٩٢٢ كان منحة من الملك الى الشعب (انظر خاصة : وهيد رانت ووايت ابراهيم ، القانون الدستورى ١٩٣٧ ، ص ١٦ . — عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٤٢ ، ص ٦٧ — محسن خليل ، النظام الدستورى فى مصر والجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٥٩/١٩٦٠ ، ص ١١١ . وقارب : مصطفى أبو زيد فهمى ، النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٦٦ ، فقرات ٨٥ و ٢١٥) . أما دستور سنة ١٩٥٦ ، فقد أعدت مشروعه الحكومة وطرحته للاستفتاء فقال الموافقة الشعبية . أما الدستور الحالى لسنة ١٩٦٤ ، فهو دستور مؤقت صدر عن رئيس الجمهورية للعمل به الى حين اقرار دستور دائم .

(٢) وهذا هو الطريق المرسوم لمن الدستور الجديد للجمهورية العربية المتحدة فى المستقبل القريب ، اذ يكلف الدستور المؤقت الحالى لسنة ١٩٦٤ مجلس الامة بوضع مشروع الدستور الدائم وطرحه على الشعب فى الاستفتاء .

ويراعى أن التشريع الاساسى أو الدستور ، اما أن يكون دستورا مرنا يكفى لتعديل احكامه أو الغائها صدور قانون أو تشريع عادى عن السلطة التشريعية كما هو الشأن فى تعديل أو الغاء القوانين العادية ، واما أن يكون دستورا جامدا لا يفتأتى تعديله أو الغاؤه عن هذا الطريق بل يجب لذلك اتباع اجراءات وشروط خاصة . وواضح أن الدساتير الجامدة — على خلاف الدساتير المرنة — تعين على توفير مايجب للتشريع الاساسى فى الجماعة من استقرار كاف بمنع كثرة التغيير والتبديل فى احكامه • والدساتير الدائمة المصرية المتعاقبة من الدساتير الجامدة ، اذ كانت تتطلب اجراءات طويلة وشروطا عسيرة لامكان تعديلها •

١٢٩ — التشريع العادى

يقصد بالتشريع العادى — وهو مايسميه بعض الفقهاء التشريع الرئيسى — التشريع الذى تسنه السلطة التشريعية فى الدولة فى حدود اختصاصها المبين فى الدستور • ويطلق على هذا النوع من التشريع فى العمل اسم « القانون » (la loi) . وغنى عن البيان ، أن اصطلاح « القانون » هنا بمعناه الخاص كوثيقة مدونة تصدر عن السلطة التشريعية ، يختلف عن اصطلاح « القانون » بمعناه العام (le droit) كمجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد فى المجتمع ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك من قبل (١) •

والاصل أن سن التشريع العادى تقوم به السلطة التشريعية ، وان كانت الدساتير تنص عادة على اشراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية فى هذه الوظيفة أو مراقبته اياها ، اما عن طريق ما تعطيه له من حق اقتراح القوانين أو من حق التصديق أو الاعتراض (٢) على ما تسنه السلطة التشريعية منها •

(١) انظر سابقا ، فقرة ١ •

(٢) انظر مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء من عدم اعتبار حق الاقتراح وحق الاعتراض مشاركة فى ممارسة السلطة التشريعية : السيد صبرى ، مبادئ القانون الدستورى ، الطبعة الرابعة ، ١٩٤٩ ، ص ٢٢٦ و ٢٢٧ و ٢٢١ و ٢٤٢ — ٢٤٤ • — مصطفى أبو زيد فهمى ، المرجع السابق ، فقرات ٦٧٦ و ٦٧٨ ، ص ٥٨١ و ٥٨٢ •

وتنهج الدساتير المصرية المتعاقبة هذا النهج من الاشراك ، بما تعطيه لرئيس الدولة من حق اقتراح القوانين وحق الاعتراض عليها .

فحق اقتراح القوانين ثابت لرئيس الجمهورية وللمجلس الامة اى لاي عضو من أعضائه (١). وتحال مشروعات القوانين المقترحة من الحكومة مباشرة الى لجان المجلس المختصة لفحصها وتقديم تقارير عنها (٢) . بينما تحال مشروعات القوانين المقترحة من أعضاء المجلس الى لجنة أولية لفحصها وايداء الرأى فى صلاحيتها لجواز نظر المجلس فيها ، فاذا رأى المجلس نظرها أحالها — كمشروعات الحكومة — الى اللجان المختصة لفحصها وتقديم تقارير عنها (٣)

ثم يطرح مشروع القانون بعد ذلك على المجلس لمناقشته . والتصويت عليه مادة فماده . ولا تتم الموافقة عليه — فى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة — الا بالأغلبية المطلقة للحاضرين من الأعضاء اى أكثر من النصف ، واذا تساوت الآراء يعتبر المشروع مرفوضا (٤) .

والاصل أن موافقة المجلس تعتبر كافية لاتمام عملية سن التشريع. ولكن الدساتير المصرية المتعاقبة تعطى رئيس الدولة أو رئيس الجمهورية الحق فى الاعتراض على ما يسنه المجلس من قوانين . وهذا الحق ثابت لرئيس لجمهورية خلال ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغ المجلس اياه الموافقة على مشروع القانون (م ١١٧ من دستور ١٩٦٤). فاذا فات هذا الميعاد دون اعتراض، سقط حق رئيس الجمهورية فيه واعتبر المشروع قانونا يجب عليه اصداره. واذا تم الاعتراض ، فيشترط للموافقة على مشروع القانون من جديد أغلبية أكبر من المرة الاولى هى أغلبية ثلثى مجموع أعضاء المجلس (الحاضرين والغائبين على السواء) . فاذا اتوافرت الاغلبية المطلوبة ، يجب على رئيس الجمهورية اصدار القانون (م ١١٨ من دستور ١٩٦٤) .

(١) م ٦٧ و ١١٦ من الدستور المصرى الحالى المؤقت لسنة ١٩٦٤ .

(٢) م ٨٢ من دستور سنة ١٩٥٦ وم ٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ .

(٣) م ٨٢ من دستور سنة ١٩٥٦ وم ٦٧ من دستور سنة ١٩٦٤ .

(٤) م ٦٥ من دستور سنة ١٩٦٤ .

فكان عملية الاعتراض تنتهى اذن الى مجرد ايقاف القانون الذى اقره المجلس النيابى الى حين اقراره اياه من جديد بأغلبية اكبر (١). وهى بذلك تعتبر وسيلة فى يد السلطة التنفيذية للمضغط على السلطة التشريعية بما يحقق التوازن المرغوب بين السلطتين (٢). ولكن يبقى للسلطة التشريعية على أى حال الكلمة الاخيرة اذا حشدت للموافقة على القانون من جديد الاغلبية الاكبر المطلوبة ، فيعتبر حينئذ — رغم الاعتراض — قانونا واجب الاصدار والنشر .

حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سن التشريع العادى فى احوال استثنائية :

اذا كان الاصل ان السلطة التشريعية هى التى تقوم بسن التشريع العادى ، فاستثناء من ذلك تحل السلطة التنفيذية فى كثير من الدساتير محل السلطة التشريعية فى سنة فى حالتين : حالة الضرورة ، وحالة التفويض .

(١) **تشريع الضرورة** : لاشك فى أن قيام حالة من حالات الضرورة التى تستدعى الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير عن طريق التشريع ، وانعدام الاداة التشريعية نظرا لحل المجلس النيابى أو تخلفها نظرا لمعطلتها بين دورين من أدوار انعقاده ، يبرر الخروج على الاصل من استثناء السلطة التشريعية — أى المجلس النيابى — بسن القوانين أو التشريعات العادية ، وتخويل السلطة التنفيذية الحق فى الحلول محلها مؤقتا فى هذا الاختصاص عن طريق اصدار قرارات تكون لها قوة القانون أى قوة التشريع العادى .

(١) وبذلك يبدو الفارق بين « التصديق » و « الاعتراض » . فالتصديق إجراء لا يتم القانون الا به ، بحيث اذا تخلف فلا يظهر القانون الى الوجود ، اذ لا تكون لموافقة المجلس النيابى ملية حتمية دون اقتران بالتصديق . أما الاعتراض اذا تم ، فليس من شأنه الا مجرد ايقاف اصدار القانون واعادة المناقشة فيه والتصويت عليه فى المجلس من جديد ، بحيث يملك المجلس فى النهاية فرض رايه باترار القانون ثانية واجبار رئيس الجمهورية بالحلى على اصداره . ولذلك اذا لم يتم الاعتراض أصلا بحيث مضى بمعباده ، فيجب على رئيس الجمهورية اصدار القانون . فالتصديق اذن منع نهائى من اصدار القانون . أما الاعتراض فمجرد ايقاف مؤقت للاصدار يمكن للمجلس ازالته بالموافقة على القانون من جديد (راجع فى التفرقة بين التصديق والاعتراض : محسن خليل ، المرجع السابق ، ٣٠٩ — ٣١١ — مصطفى أبو زيد نمسى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٢ ، ص ٤٧٩) .

(٢) أنظر : السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ — عبد الحميد محولى ، الوسيط فى القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٥٧٢ .

وقد أعطت الدساتير المصرية المتعاقبة هذا الحق للسلطة التنفيذية (١) بقيود معينة . واهم هذه القيود وجوب الاسراع في تحديد مصر تشريعات الضرورة بعرضها على مجلس الامة خلال مدة قصيرة ، والا فقدت مالها من صفة قانونية . وتطبيقا لذلك ، اوجب الدستور المؤقت الحالى لسنة ١٩٦٤ عرض تشريعات الضرورة على مجلس الامة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اصدارها فيما بين ادوار انعقاده ، او في اول اجتماع له اذا جاء اصدارها في حالة حله ، ورتب جزاءا خطيرا على عدم عرضها على هذا النحو ، او على عرضها ثم رفضها ، هو زوال ما كان لها من قوة القانون . وهو يجعل هذا الزوال رجعيا في حالة عدم عرضها ، بينما يقصره على المستقبل في حالة الرفض فيجعل اثره متحققا ابتداء من تاريخ الرفض فحسب (م ١١٩) (٢) .

وينبغي أن يكون مفهوما أن تشريعات الضرورة التي تسنها السلطة التنفيذية في الحدود المتقدمة لا يجب أن تكون مخالفة لاحكام الدستور ، رغم أن كلا من الدستور المصرى لسنة ١٩٥٦ وللسنة ١٩٦٤ — علىخلاف دستور ١٩٢٣ — قد اغفل تأكيد ذلك ، اذ ما دامت السلطة التشريعية — وهى السلطة الاصلية — لا تملك مخالفة الدستور كما سنرى فيما تسنه من قوانين ، فمن باب أولى لا تملك السلطة التنفيذية — وهى سلطة بديلة طارئة — مثل هذه المخالفة فيما تسنه مواجهة لاحوال الضرورة من قرارات لها قوة القوانين (٣) .

(٢) **تشريع التفويض** : قد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية وبناء على تفويض منها في اصدار قرارات لها قوة القانون في المسائل المحددة

(١) م ٤١ من دستور ١٩٢٣ ، وم ١٢٥ من دستور ١٩٥٦ ، وم ١١٩ من الدستور الحالى المؤقت لسنة ١٩٦٤ .

(٢) كان من المتفق عليه في ظل الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ أن زوال تشريعات الضرورة ليس له اثر رجعى ، سواء في حالة عدم العرض او في حالة الرفض (السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٨٨ . — عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٣) . لها دستور ١٩٥٦ ، فكان يقرر من حيث المبدأ الاثر الرجعى لهذا الزوال في الحالين ، ولكنه — خروجا على ذلك — كان يعطى مجلس الامة ، في حالة الرفض ، اعتقاد نفاذ هذه التشريعات في الفترة السابقة على الرفض أو تصوية ما ترتب على اكثارها بوجه آخر (م ١٢٥) .

(٣) قرب من ذلك :

عثمان خليل، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٣ .

فى التفويض . ولئن كان التفويض غير مقبول من الناحية النظرية على أساس أن السلطة التشريعية لا تملك النزول عن اختصاصها ، الا أن الرغبة فى توفير الدقة أو السرعة أو السرية لبعض تشريعات معينة كالتشريعات الخاصة بفرض بعض الرسوم والضرائب أو تعديلها — بما تقتضى من كتابان مضمونها قبل اعلانها منعاً لاتاحة فرصة التهرب منها — قد تبرر — لمدة معينة — تفويض السلطة التشريعية من بعد للمصادقة عليها واجازتها (١) أو مع عدم تطلب رغم وجود السلطة التشريعية وعدم غيابها سواء مع تطلب عرضها على السلطة التشريعية من بعد للمصادقة عليها واجازتها (١) أو مع عدم تطلب ذلك .

ولم يكن الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ يتعرض لمثل هذا النوع من التشريع . ولكن ثمة سابقة للبرلمان فى مصر بمقتضاها فوض الحكومة سنة ١٩٣٠ فى اصدار مراسيم لها قوة القانون فى شأن تعديل التعريفات الجمركية وفى شأن فرض وتعديل رسم الانتاج على حاصلات الارض المصرية أو منتجات الصناعة المحلية ، ولكن بشرط عرض هذه المراسيم عليه . وقد قطع كل من دستور ١٩٥٦ (م ١٣٦) ودستور ١٩٦٤ الحالى (م ١٢٠) كل شك حول إمكان التفويض ، بالنص على أن « لرئيس الجمهورية فى الاحوال الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الامة ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن يعين موضوعات هذه القرارات والاسس التى تقوم عليها » . واذا كان النص يضع من القيود ما يتفق عليه الفقه المؤيد لبدأ التفويض من تحديد موضوع التفويض ومسائله ومن قصر التفويض على مدة محدودة ، الا أنه أغفل ما يشترطه بحق كثير من مؤيديه من ضرورة اخضاع تشريع التفويض من بعد لموافقة مجلس الامة ، رغم ما ينبغى من ابقاء الزمام النهائى للتشريع بيد السلطة الاصلية وهى السلطة التشريعية تراقب السلطة التنفيذية النابتة فيها وكنلتها وفوضتها من شئونه .

وقد صدر أخيراً — بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ — تفويض من مجلس

(١) فى هذا المعنى :

عبد الحيد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ .

الامة لرئيس لجمهوريه ، خلال الظروف الاستثنائية القائمة ، في اصـدار قرارات لها قوة القانون لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية (١) .

١٣٠ - التشريع الفرعى

يقصد بالتشريع الفرعى التشريع الذى تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها فى الدستور ، باعتبار صفتها هذه ، لاباعتبارها حالة محل السلطة التشريعية حولا مؤقتا . بمعنى أن اختصاصها بسن التشريع الفرعى اختصاص أصلى يثبت لها ابتداء ومع قيام السلطة التشريعية ، فلا يعلق على غياب السلطة التشريعية كما هى الحال فى تشريع الضرورة ، ولا على تفويض منها كما هى الحال فى تشريع التفويض .

ويطلق على التشريع الفرعى فى العمل اسم « اللائحة » Le règlement تمييزا له ، عن التشريع العادى الصادر عن الهيئة التشريعية والمعروف باسم « القانون » (La loi)

واللوائح إما أن يقصد بها تنفيذ التشريع العادى أى القوانين الصادرة عن الهيئة التشريعية فتعرف باسم « اللوائح التنفيذية » ، وإما أن يقصد بها تنظيم المصالح والمرافق العامة فتعرف باسم « اللوائح التنظيمية » ، وإما أن يقصد بها حفظ الامن والصحة العامة فتعرف باسم « لوائح البوليس أو » لوائح الضبط . ونعرض بإيجاز لكل منها فيما يلى .

(١) **اللوائح التنفيذية** : هى ما تسنه السلطة التنفيذية من قواعد تشريعية ضمانا لتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية . واختصاص السلطة التنفيذية باصدار مثل هذه اللوائح امر طبيعى ومنطقى ، لانها — وهى السلطة المكلفة بتنفيذ هذه القوانين — تكون أقدر من السلطة التشريعية على تنظيم هذا التنفيذ فى دقائقه وفقا لضرورات العمل ، فضلا عما فى ذلك من تخلص القوانين من كثير من التفاصيل ومن التخفيف بالتالى من أعباء السلطة التشريعية المتزايدة .

(١) أنظر فى عدم توافر هذا التفويض على ما تشترطه المادة ١٢٠ من الدستور : برهام محمد عطا الله ، أساسيات القانونوضى ، ١٩٦٨ ، طبعة ١٩٦٨ ، ص ٥٤ — ٥٥ .

ويعطى الدستور المصرى رئيس الجمهورية الحق فى سن هذه اللوائح، بل ويخوله حق تفويض غيره فى سنها (م ١٢٢ من الدستور الحالى لسنة ١٩٦٤). وكثيرا ما تعين القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية من يتولى سن القرارات أو اللوائح لتنفيذها وغالبا ما يكون هو الوزير المختص .
وطالما أن اللوائح التنفيذية مجرد تنفيذ للقوانين ، فينبغى أن تلتزم حدود هذا الغرض ، بحيث لا تملك إلغاء أو تعديل أو تعطيل احكام هذه القوانين أو الاعفاء منها .

(٢) **اللوائح التنظيمية** : هى ماتسنة السلطة التنفيذية من تشريع لتنظيم المصالح والمرافق العامة ، بصفتها مهيمنة على ادارة هذه المصالح والمرافق .
وحق السلطة التنفيذية فى سن هذه اللوائح ، ثابت صراحة فى الدستور المصرى الذى ينص على أن « يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لترتيب المصالح العامة (م ١٢١ من دستور ١٩٦٤) ولكن ليس من حق رئيس الجمهورية تفويض غيره فى سنها » .

(٣) **لوائح الضبط أو لوائح البوليس** : يقصد بها ما تضعه السلطة التنفيذية من قيود تشريعية على الحريات الفردية لحفظ الضبط أو البوليس بمعناه العام ، اى لحفظ الامن وتوفير السكنية والطمانية وحماية الصحة العامة . ومن أمثلتها لوائح المرور ، ولوائح المحال المعلقة للراحة أو الضارة بالصحة ، ولوائح مراقبة الاغذية والباعة الجائلين .

ولم يكن الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ يتضمن اى نص يخول السلطة التنفيذية حق سن هذه اللوائح . ولكنها جرت دائما على اصدارها منذ كانت تجمع بين السلطتين التنفيذية والتشريعية قبل صدور هذا الدستور ، مما حدا ببعض الفقهاء الى التماس اساس دستورى لها مما جرى عليه العمل والقول بوجود عرف بذلك ، فضلا عن ان قيام السلطة التنفيذية بسن هذه اللوائح هو ما يلائم مقتضيات العمل نظرا لما تتطلبه مسائل الضبط من دقة وتشعب وسرعة تنظيم (١) . غير ان خطر مثل هذه اللوائح على حريات الافراد وعدم استنادها

(١) السيد مبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٦٩ و ٤٧٠ .

الى نص من الدستور أو القوانين ، فضلا عما تقرره من عقوبات على مخالفتها رغم ما هو ثابت من مبدأ « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » أو على لائحة تستند الى قانون ، يحل على التردد في الاعتراف للسلطة التنفيذية بهذا الحق دون نص على ذلك في الدستور (١) .

لذلك أحسن المشرع الدستوري المصري من بعد بنص صراحة على حق السلطة التنفيذية في سن هذه اللوائح بقوله « يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط ... وله ان يفوض غيره في اصدارها » (م ١٢٨ / ١ من دستور ١٩٥٦ ، و م ١٢٢ من دستور ١٩٦٤) . وبذلك ينقطع الشك والخلاف الان حول شرعية هذه اللوائح وأساسها الدستوري .

§ ٣ — نفاذ التشريع

١٢١ — تمهيد

اذا تم سن التشريع — ايا كانت درجته — من السلطة المختصة بسنه ، فانه يوجد قانونا . ولكن الوجود القانوني للتشريع لا يعنى دخوله مرحلة التنفيذ بعد . اذ ينبغى لذلك تسجيل هذا الوجود القانوني والامر بتنفيذ التشريع ممن يملك الامر بالتنفيذ اى من السلطة التنفيذية عن طريق الاصدار (promulgation) ، ثم اعلانه للناس وتحديد موعد نفاذه عن طريق النشر (publication).

١٢٢ — اصدار التشريع

يقصد بالاصدار تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ (٢) بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره تشريعا ملزما من تشريعات الدولة . فهو بمثابة شهادة ميلاد للتشريع ، تكون سنداً لتنفيذه .

(١) في هذا المعنى :

كتابنا اصول القانون ، ص ٢٩٤ . — محسن خليل ، المرجع السابق ، ص ٢٤٤ و ٢٤٥ .
(٢) ولذلك يعتبر الاصدار عملا تنفيذيا لا عملا تشريعا ، اذ هو بداية وضع القانون موضع التنفيذ (في هذا المعنى : عثمان خليل ، النظام الدستوري المصري ، ١٩٥٦ ، ص ١٧٥ . — وقارن السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٢ — ٣٦٤) .

وبديهى انه حيث تملك السلطة التنفيذية سن التشريع — كما هى الحال فى التشريع الاساسى حين يكون منحة من الملك او الحاكم المطلق ، وفى تشريع الضرورة او تشريع التفويض ، وفى التشريع الفرعى خاصة — يتضمن سن التشريع حتما اصداره ، لان السلطة التى تسن التشريع هنا هى نفسها التى تضعه موضع التنفيذ .

اما حيث تسن التشريع سلطة أخرى غير السلطة التنفيذية التى تضعه موضع التنفيذ فيحتاج الامر الى أن تقوم السلطة الثانية باصدار ما سنته السلطة الاولى ، كما هى الحال فى التشريع العادى الذى تسنه السلطة التشريعية ، والتشريع الاساسى الذى يسنه الشعب نفسه عن طريق الاستفتاء او تسنه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب. ذلك أن وضع التشريع الذى تم سنه فى مثل هذه الحالات موضع التنفيذ يقتضى تسجيل وجوده القانونى وتكليف رجال السلطة التنفيذية بالقيام على تنفيذه ، ومثل هذا التكليف لا يتصور صدوره الا من السلطة التنفيذية نفسها ممثلة فى شخص رئيسها ، لان المكلفين بالتنفيذ هم عمالها فلا تملك عليهم سلطة أخرى ايا كانت — كالجمعية التأسيسية او السلطة التشريعية — حق الامر والتكليف .

فالاصدار اذن فى حالة التشريع الاساسى المسنون بواسطة جمعية تأسيسية او المستفتى فيه الشعب . يتضمن تسجيل موافقة الجمعية التأسيسية عليه او تصويت أغلبية الشعب له فى الاستفتاء ، والامر بتنفيذه باعتبار التشريع الاساسى للدولة . والاصدار فى حالة التشريع العادى يتضمن تسجيل موافقة المجلس النيابى عليه ، والامر بتنفيذه كقانون من قوانين الدولة . وحصول اصدار القانون قبل فوات الميعاد المحدد لاستعمال حق الاعتراض ، يفيد نزول رئيس الجمهورية عن استعمال مثل هذا الحق .

ومن الافضل النص فى الدستور على تحديد مدة معينة يجب على رئيس الجمهورية خلالها اصدار القوانين التى يسنها المجلس النيابى حتى لا يتمكن بذلك من تعطيل تنفيذ هذه القوانين بتأخير اصدارها . ومع ذلك ، لا تتضمن الدساتير المصرية المتعاقبة أى نص من هذا القبيل ، مما يبرر انتقادها .

١٣٣ - نشر التشريع

إذا كان إصدار التشريع لازماً لتسجيل سنه والامر بتنفيذه الى رجال السلطة التنفيذية ، فإبلاغ مضمونه الى الكافة وحمله الى علمهم أو إتاحة فرصة العلم به لهم لازم كذلك ، إذ هم المكلفون بأحكامه فلا مناص من إعلامهم بها حتى يوافقوا مسلكهم عليها . ذلك أنه لا تكليف الا بعلوم ، والتشريع لا يكون معلوماً للمكلفين به الا بإشهاره بينهم وإذاعته فيهم والوسيلة القانونية الوحيدة المعتمدة اليوم لأشهار التشريع وإذاعته هي نشر نصوصه في الجريدة الرسمية للدولة (١). والنشر في الجريدة الرسمية واجب لنفاذ التشريع في حق المخاطبين بأحكامه ، إيا كانت درجة التشريع أساسياً أو عادياً أو فرعياً.

ولا يغنى في الأصل عن النشر في الجريدة الرسمية أية وسيلة أخرى من وسائل الأشهار أو الإذاعة أو الإعلان ، رغم أن بعض هذه الوسائل قد يكون أجدى مفعولاً من النشر في الجريدة الرسمية في سبيل حمل التشريع الى علم المخاطبين بأحكامه . فالإكتفاء إذن — في نشر التشريع — بإذاعته في الراديو أو تعليق صور منه في أماكن بارزة على الحوايط في الشوارع والميادين الرئيسية ، لا يعتبر في الأصل قانونياً بالمعنى الصحيح . ومن هنا ، لا يعتبر مثل هذا النشر كافياً لنفاذ التشريع في حق المخاطبين بأحكامه . وكذلك لا يغنى في الأصل ، عن حصول نشر التشريع في الجريدة الرسمية ، ثبوت علم بعض الأفراد المخاطبين بحكمه علماً يقينياً به (٢).

وإذا كان المقصود من نشر التشريع في الجريدة الرسمية للدولة حمله الى علم المخاطبين به ، فيقتضى ذلك أن تطبع الجريدة الرسمية بأعداد كافية نسبياً وأن توضع هذه الأعداد موضع التوزيع الفعلي لمن يطلبها من الجمهور .

(١) تنشر التشريعات اليوم في جريعتين رسميتين مستقلتين : « الجريدة الرسمية » وتنشر القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الجمهورية ومن نوابه ، و « الوقائع المصرية » وتنشر القرارات الوزارية (كما تنشر الإعلانات الحكومية والقضائية) .

(٢) أنظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ٣ يناير ١٩٥٠ (مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة الرابعة ، رقم ٤٤ ، ١٤٧) .

وإذا كان الأصل هو وجوب نشر التشريع فى الجريدة الرسمية ، فمن الأفضل تحديد مهلة للسلطة التنفيذية لاجراء هذا النشر ، حتى لا تتلأأ فيه بقصد تأخير تنفيذ التشريع . وقد احسن الدستور المصرى بإيجاب نشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم اصدارها(١). ومع ذلك تظل السلطة التنفيذية قادرة على التحكم فى نشر القوانين عن طريق تأخير اصدارها مادام الدستور لا يقيد بها بموعد معين فى القيام بهذا الاصدار كما سبق البيان .

وإذا تم النشر فى الجريدة الرسمية فالغالب أن لا يعتبر التشريع نافذا فور هذا النشر بل يبدأ نفاذه بمضى وقت معلوم من حصول النشر ، افساحا لشيوع العلم بأحكامه . وتحديد هذا الوقت تحديدا عاما فى الدستور ، يفيد وجوب التزامه فى كل تشريع لا يحدد فى صلبه مياعدا خاصا لنفاذه .

ومع ذلك ، فقد أغفل الدستور المصرى الحالى لسنة ١٩٦٤ تحديد أى ميعاد من تاريخ النشر لبدء نفاذ القوانين . على عكس ما كان عليه الحال فى دستور ١٩٢٣ ودستور ١٩٥٦ (٢) . ولذلك ينبغى على المشرع اليوم النص فى كل قانون أو تشريع على ميعاد بدء نفاذه والا اعتبر نافذا فور النشر .

وإذا اعتبر التشريع نافذا فور النشر فبيدا نفاذه من تاريخ التوزيع الفعلى لعدد الجريدة الرسمية المنشور به التشريع ، لا من تاريخ طبع هذا العدد أو التاريخ الذى يحمله (٣) .

وبغوات الميعاد الذى يبدأ منه النفاذ يفترض علم الافراد بالتشريع ، فيسرى فى حق جميع المخاطبين بأحكامه دون استثناء ، ولا يقبل من أحد الاعتذار

(١) م ١٨٧ من دستور ١٩٥٦ ، و م ١٦٤ من دستور ١٩٦٤ .

(٢) كان دستور ١٩٢٣ يعتبر القانون نافذا بمضى ثلاثين يوما من نشره فى الجريدة الرسمية . وكان دستور ١٩٥٦ يعتبره نافذا بعد عشرة أيام من تاريخ هذا النشر . وكان يجوز فيها دائما من هذا الميعاد أو تقصره بنص خاص .

(٣) « اذا كان القانون رقم ٢٦٤ ، لسنة ١٩٥٣ ... قد نظم اجراءات أوجب على السكافة اتباعها ابتداء من تاريخ الصل به ونص فى المدة الثلاثة منه على الصل بالقانون المذكور من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .. وكان المستأنف قد دمج بآله قد استحال العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف الى ظم الكتاب بمقولة أن الجريدة الرسمية =

بجهله . وافتراض العلم بالتشريع بمجرد ابتداء نفاذه انما هو تفريع على مبدأ افتراض العلم بالقانون أى بمجموع القواعد القانونية الملزمة فى الدولة وهو ما سنعرض له من بعد عند الكلام فى مدى تطبيق أو سريان القاعدة القانونية .

٥ ٤ — نتائج تدرج التشريع أو رقابة صحته

١٢٤ — خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى ، ورقابة ذلك

قلنا ان ثم ظاهرة يتميز بها التشريع هى ظاهرة تدرجه أى تفاوته فى القوة درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فالتشريع الاساسى أو الدستور هو اقواها ، ويليه التشريع العادى ، ثم يتبعه التشريع الفرعى . وهذا التدرج فى القوة ينبغى ان يسلم منطقاً الى خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى . غير ان هذه النتيجة على تحميم المنطق لها لا تجد دائماً ماينبغى لها من صدى فى نطاق العمل ، فهذا الصدى يتفاوت بتفاوت الدول والدساتير . فتدرج التشريع انن يجب ان يستتبع استمداد كل تشريع قوته وصحته من مطابقته لقواعد التشريع الذى يعلوه وهكذا ، بحيث يكون باطلا التشريع الأدنى الذى يصدر على خلاف ما يقضى به التشريع الأعلى ، وعلى هذا النحو فالتشريع العادى ينبغى أن لا يكون معارضاً مع التشريع الاساسى ، والتشريع الفرعى بدوره ينبغى أن لا يكون مخالفاً للتشريع العادى أو للتشريع الاساسى . ومن هنا فإذا تعارض تشريعان من درجة متفاوتة وجب تغليب التشريع الأعلى واغفال التشريع الأدنى .

كل ذلك يدعو خاصة الى اقامة رقابة قضائية (١) على صحة التشريع للتأكد من مطابقة الأدنى منه للأعلى سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع . فنعرض لهذين النوعين من الرقابة لنقف على مدى التسليم بالبدأ فيهما ومدى تحققه فى العمل .

= التى نشر فيها ذلك القانون وان كانت قد طبعت فى ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ ، الا انها لم توزع ونشر فعلاً الا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف ، فالتفت الحكم عن تحقيق هذا الدفاع فانه يكون مشوباً بالقصور (نقض ٢٤ يونيو ١٩٥٨ مجموعة المكب الفنى لاحكام النقض ، س ٩ ، ع ٢ ، رقم ٨١ ، ص ٦٣٩) .

(١) نترك جانباً ما قد يوجد من رقابة سياسية فى هذا الشأن .

(١) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الشكل

١٣٥ - لا خلاف على تقرير هذه الرقابة

لا خلاف على حق المحاكم فى الرقابة الشكلية للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الأدنى كما يحدده التشريع الأعلى، أى للتأكد من تمام سنه بواسطة السلطة المختصة وتتمام اصداره ونشره وفوات الميعاد الذى يبدأ منه نفاذه . فان لم يتوافر للتشريع الأدنى — سواء كان تشريعا عاديا أو تشريعا فرعيا — الشكل الذى يحدده التشريع الأعلى، فالاجماع منعقد على حق المحاكم فى الامتناع عن تطبيقه ، تأسيسا على أن مثل هذا التشريع انما هو تشريع منعدم ليس له وجود قانونى . ولذلك فللمحاكم بل عليها أن تمتنع عن تطبيق قانون لم يحرز الاغلبية الخاصة المطلوبة فى شأنه ، أو عن تطبيق قانون أو لائحة لم تنشر فى الجريدة الرسمية أو صدرت عن جهة غير مختصة .

(٢) رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع

١٣٦ - الخلاف حول هذه الرقابة تبعا لدرجة التشريع الأدنى

لا تجد رقابة صحة التشريع الأدنى من حيث الموضوع مثل ما تجده رقابة صحته من حيث الشكل من اجماع على اقرارها . فالرأى فى مثل هذه الرقابة يختلف باختلاف ما اذا كان التشريع الأدنى فرعيا أو عاديا . فنعرض أولا لرقابة قانونية اللوائح ودستوريتها ، ثم لرقابة دستورية القوانين .

١٣٧ - التسليم برقابة قانونية اللوائح ودستوريتها

حق المحاكم ثابت فى رقابة صحة التشريع الفرعى الموضوعية ، للتأكد من مطابقته لقواعد واحكام التشريع العادى والتشريع الاساسى على السواء . فتملك المحاكم اذن التحقق من شرعية أو قانونية اللوائح بالتثبت من عدم مخالفتها لاحكام القوانين (١) . كما تملك التحقق من دستورية اللوائح بالتثبت من عدم مخالفتها لقواعد الدستور .

(١) تقرر محكمة القضاء الادارى فى احد احكامها أن « قضاء هذه المحكمة بد جرى على جواز الطعن فى القرارات التنظيمية العامة (أى اللوائح) بأحد طريقين : اما بالطريق المباشر أى بطلب الغائها فى الميعاد ، أو بالطريق غير المباشر فى أى وقت عند تطبيقها فى الحالات الفردية أى بطلب عدم الانتداع بها لمخالفتها القانون وفلك عند الطعن فى القرارات الفردية بالالغاء » (محكمة القضاء الادارى ، ٥ فبراير ١٩٥٢ ، المحللة ، ص ٣٣ ، ع ٧ ، رقم ٤٦٢ ، ص ١٠٥٩) .

ولئن كان القضاء العادى يقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيق اللوائح المخالفة للقانون أو الدستور دون أن يملك إلغاءها ، فالوضع مختلف بالنسبة للقضاء الإدارى الذى يتمتع كذلك بسلطة الحكم بإلغائها .

١٢٨ — مشكلة رقابة دستورية القوانين (١)

لا توجد مشكلة رقابة دستورية القوانين فى الدول ذات الدساتير الجامدة (٢) حلا واحدا . فحق المحاكم فى مثل هذه الرقابة أى فى رقابة صحة التشريع العادى الموضوعية للتأكد من مطابقته لقواعد التشريع الأساسى ، أى للثبوت من موافقته لاحكام الدستور ، أمر متنازع فيه فى الفقه والقضاء ومختلف عليه باختلاف النظم والشرائع .

فثم اتجاه يرمى الى منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين (٣) بحجة احترام مبدأ فصل السلطات ، الذى يختص السلطة التشريعية بحق سن التشريع ، ويقتصر دور السلطة القضائية على مجرد تطبيقه . اذ يعتبر الامتناع عن التطبيق ، بادعاء عدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه ، خروجاً من السلطة القضائية عن اختصاصها وتعدى على اختصاص السلطة التشريعية بالتعقيب على تصرفاتها والتوصل الى اهدارها ، مما يجعل للسلطة القضائية

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Burdeau, *Traité de science politique*, t. III, Nos. 156-181. — Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 3e éd., No. 98, pp. 715-732 — Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, 1943, pp. 294-324.

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ١٩٤٩ من ٢٢٣ — ٢٢٥ — عبد الحيد متولى ، المرجع السابق ، ١٩٥٦ من ٢١٦ — ٢٢٩ . — سعد عصفور ، مقدمة القانون الدستورى ، ١٩٥٤ ، من ١٢٤ — ١٨٢ . — وكتابنا أصول القانون ، فقرات ١٤٦ — ١٤٩ .

(٢) لا تنور مشكلة رقابة دستورية القوانين الا حيث يكون الدستور جامدا . ايا حيث يكون الدستور مرنا ، فتكون مخالفة القوانين أى التشريعات المادية له مشروعة ، لانها تعتبر بذلك تعديلا لاحكامه وقواعده .

(٣) انظر خاصة :

Esmein, *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd., par Nèzard, t. I, 1927, pp. 644-648.

هيمنة ورقابة على أعمال السلطة التشريعية وهو ما يتنافى مع انفصال السلطات واستقلالها. وهذا الاتجاه هو السائد في القضاء الفرنسى خاصة رغم أن جانباً كبيراً من الفقه الفرنسى (١) ينتقده وينتصر لحق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين .

وتم اتجاه ثان يرمى الى تخويل المحاكم حق النظر فى دستورية القوانين (٢) بالتثبت من مطابقة التشريع العادى (القانون) لقواعد وأحكام التشريع الاساسى (الدستور) ، استناداً الى أن رقابة دستورية القوانين إنما هى من طبيعة عمل القضاء الذى يقوم على تطبيق القانون بمعناه العام أى كمجموع القواعد القانونية السائدة فى الدولة . فالقضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون (بمعناه الخاص) على حد سواء . غير أنه حين يستحيل تطبيقها معا لتعارض أحكامها فلا مناص من تطبيق أحكام الدستور دون أحكام القانون ، اعمالا لقاعدة تدرج التشريع وما يحتمه منطلقها من سيادة التشريع الاعلى على التشريع الأدنى .

ومما يؤيد هذا الاتجاه الثانى انه مجرد امتداد لما انعقد عليه الاجماع من حق المحاكم فى رقابة قانونية اللوائح أو شرعيتها ، فليس يفهم — مع هذا الاجماع — منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين . فهذان النوعان من الرقابة القضائية ليسا الا نتيجتين حتميتين متلازمتين لقاعدة تدرج التشريع ، وليس من المنطق — بل يكون من التناقض — التسليم باحدى النتيجتين دون الاخرى ، فما ينسحب على التشريع الفرعى من تقرير رقابة قانونيته أو شرعيته ، ينبغى أن ينسحب كذلك على التشريع العادى بتخويل المحاكم حق رقابة دستوريته . فضلاً عن أن تخويل المحاكم مثل هذا الحق يؤكد — على عكس ما يقوله معارضوه — مبدأ فصل السلطات، لانه يمنع السلطة التشريعية

(١) انظر فى الإشارة الى هذا الفقه :
Laferrière, op. cit., pp. 321, 322.

(٢) انظر خلاصة :
Duguit, op. cit., t. III, No. 98, p. 718.

من أن تفرض على السلطة القضائية قانونا تسنه على خلاف الدستور وتجبرها بذلك على تطبيقه ، مما يخل باستقلالها ويحد من اختصاصها في تطبيق القواعد القانونية التي على رأسها قواعد الدستور .

غير أن فهم مبدأ فصل السلطات على وجهه الصحيح يقتضى كذلك التحوط من أن ينقلب حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين الى تدخل من جانب السلطة القضائية في أعمال السلطة التشريعية بإلغاء ما تسنه من قوانين وخرق مبدأ فصل السلطات بالتالي ، إذ إلغاء القوانين كسنها من اختصاص السلطة التشريعية وحدها (١) . ومن هنا ينبغى أن يقتصر حق المحاكم — عند التثبت من عدم دستورية قانون من القوانين — على مجرد الامتناع عن تطبيقه دون الحكم بإلغائه ، مما يقتضى أن يكون الامتناع عن التطبيق قاصرا على القضية المعروضة وحدها ، لا ينصرف الى غيرها من القضايا ولا يؤثر في الوجود القانوني لمثل هذا القانون (٢) .

رقابة دستورية القوانين في القانون الحديث : الاتجاه المألوف في القانون الحديث اليوم هو اعطاء المحاكم حق رقابة دستورية القوانين ، دون مساس بمبدأ فصل السلطات ، عن طريق الدفع . وفي مثل هذه الطريقة لا يتوجه أحد الى القضاء ابتداء ومباشرة بدعوى يطلب فيها الحكم باعتبار قانون من القوانين غير دستوري لمخالفته أحكام الدستور ، وإنما يتريص الفرد بدعوى يختصم فيها ، فيدفع هذه الدعوى بعدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه فيها . وأمام هذا الدفع ، تتصدى المحكمة للبحث في مدى مطابقة هذا القانون لأحكام الدستور . فإن تحققت من هذه المطابقة ، رفضت الدفع مؤكدة دستورية القانون ، ومضت في أداء واجبها من تطبيقه . وإن تثبتت من مخالفة القانون عن أمر الدستور، قضت بعدم دستوريته ، ورتبت على ذلك نتيجة من الامتناع عن تطبيقه في ذات الدعوى المنظورة أمامها والمطالب فيها بتطبيقه .

(١) في هذا المعنى :

سعد مصفور ، المرجع السابق ، ص ١٨١ و ١٨٢ .

(٢) في هذا المعنى :

Duguit, op. cit., t. III, No. 98, 719

فالدفع بعدم دستورية قانون ما — باعتباره وسيلة دفاع سلبى بحت — لا تعدو نتيجه اذن الغاية من ابدائه ، وهى مجرد استفادة الخصم صاحب الدفع وتمكنه من منع الاستجابة لما يطلبه خصمه من تطبيق قانون معين عليه . ولذلك لا تتعرض المحكمة للقانون ذاته فتحكم بالغائه فى حال مخالفته للدستور (١) ، وانما تقتصر فحسب على مجرد تقبل الدفع بالامتناع عن اجابة المدعى الى ما يطلبه من تطبيق القانون على خصمه . وهى بذلك تحترم فى آن واحد سيادة الدستور بتغليبه على القانون المخالف له ، واستقلال السلطة التشريعية بعدم الاعتداء على حقها الثابت فى الغاء القوانين .

ومن اهم الدول التى راجت فيها رقابة القضاء لدستورية القوانين عن طريق الدفع : الولايات المتحدة الامريكية (٢) والنرويج وكندا وايرلندا والبرتغال واليونان وجنوت افريقيا (٣) .

غير أن ثم دولا أخرى قليلة أعطت القضاء حق رقابة دستورية القوانين عن طريق الدعوى ، كالنمسا وإيطاليا وسويسرا . وفى هذه الطريقة ، يباح رفع دعاوى مباشرة بطلب الحكم بإبطال أو الغاء قانون معين صدر مخالفا للدستور . ونظرا لخطورة هذه الطريقة ، فإن أغلب الدساتير التى أخذت بها أنشأت محاكم دستورية خاصة جعلتها وحدها المختصة — دون المحاكم العادية — بالنظر فى دستورية القوانين والغاء القوانين غير الدستورية . وكذلك تقصر بعض هذه الدساتير حق الالتجاء الى هذه المحاكم — بدعاوى الإلغاء — على هيئات عامة معينة ، فلا تجعله حقا مباحا للكافة (٤) .

(١) فيظل هذا القانون قائما ، بحيث تستطيع محكمة أخرى — او حتى نفس المحكمة التى امنتت عن تطبيقه فى قضية معينة — تطبيقه فى قضية أخرى ، طالما لا يوجد نظام السوابق القضائية الملزمة .

(٢) راجع فى ذلك بخاصة :

أحمد كمال أبو المجد ، رقابة دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الامريكية والإقليم المصرى ، رسالة من القاهرة ، ١٩٥٨ ، طبعة ١٩٦٠ .

(٣) Lafferrière, op. cit., p. 314.

(٤) وهو ما يجعل من هذه المحاكم حينئذ وسيلة لحسم المنازعات بين السلطات العامة أكثر منها وسيلة لحماية حقوق الأفراد التى يكفلها الدستور (Lafferrière, op. cit., p. 300).

والواقع أن الطريقة الغالبة في تحقيق رقابة دستورية القوانين وهى طريقة الدفع ، تفضل — بما تحترم من مبدأ فصل السلطات حيث تقتصر الرقابة فيها على مجرد امتناع المحكمة عن تطبيق القانون غير الدستوري — الطريقة التى تتبعها أقلية الدول وهى طريقة الدعوى. اذ فى هذه الطريقة الثانية اهدار لمبدأ الفصل بين السلطات واعتداء على استقلال بعضها، بتمكين السلطة القضائية العادية أو المحاكم الخاصة من بسط سلطانها على السلطة التشريعية والقضاء فيما تسنه من قوانين بالالغاء والإبطال .

مدى رقابة دستورية القوانين فى مصر : لم يكن الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ يتضمن أى إشارة الى مشكلة دستورية القوانين ، فلا هو منح السلطة القضائية حق التثبيت من موافقة ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين لاحكام الدستور ، ولا هو منعها من ذلك. ومن هنا نجد أن القضاء العادى قد تراوحت أحكامه — وهى قليلة نادرة فى هذ الشأن — بين ادعاء هذا الحق للمحاكم (١) وبين انكاره عليها (٢) ، وإن كان الاتجاه العام المستخلص من هذه الاحكام هو امتناع القضاء العادى عن ادعاء حق رقابة دستورية القوانين لنفسه ، رغم أن اجماع الفقهاء المصريين يكاد ينعقد على اثبات هذا الحق له (٣) .

ثم كان أن أنشئ مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، وأتيح لمحكمة القضاء الادارى

(١) مصر الاحلية اول مايو ١٩٤١ ، المحللة س ٢٢ ، رقم ٢٤٨ ، ص ٧٢٥ .

(٢) انظر فى الاحكام المتكررة لهذا الحق :

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٦٦٥ وما بعدها .

(٣) انظر خاصة :

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦ — ٦٥٨ . — عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٥٧٨ — ٥٩٨ . — عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٤٢ ، ص ٨٨ وما بعدها . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ١٢٦ — ١٢٩ . — محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ٢١٧ ، وفقرة ٩٣ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرات ١٦٠ — ١٦٢ .

أن يعرض عليها الامر ، فاستقر قضاؤها على اثبات حقتها في التصدى لبحث دستورية القوانين عند الدفع امامها بعدم الدستورية ، بحيث تمتنع في القضية المنظورة امامها والمطلوب فيها تطبيق قانون غير دستوري عن تطبيقه ولكن دون أن تعرض له في ذاته بإبطال أو الغاء (١) .

ونرجو أن يستقر بهذا القضاء حق المحاكم عموما في رقابة دستورية القوانين في مصر ، ففتحول المحاكم العادية عما تلتزمه من حذر وتخوف لا يوجد مايررها . وإذا كان الخلاف لم ينقطع من بعد صدور الدساتير المتعاقبة في مصر ، لالتزامها ما كان يلزمه دستور ١٩٣٢ من صمت حيال مشكلة رقابة دستورية القوانين ، الا أنه ينبغي تأكيد حق القضاء جميعا في مثل هذه الرقابة بالامتناع عن تطبيق أى قانون يصدر مخالفا لاحكام الدستور ، مما يكفل في آن واحد احترام سيادة الدستور بوصفه التشريع الاعلى ، واحترام مبدأ فصل السلطات كذلك على السواء .

(١) انظر خاصة :

محكمة القضاء الادارى : ١٠ فبراير ١٩٤٨ ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الاولى ، ص ٢٨٤ . — ٣٠ يونيو ١٩٥٢ ، المحللة ، سنة ٣٣ ، العدد الاول ، ص ٦٨ .

ومن حيثيات الحكم الاخير ما يأتى : « ومن حيث أن أصلا من الاصول الدستورية هو أن يطبق القضاء القانون فيها يعرض له من الاقضية . والقانون هنا هو كل قاعدة علية مجردة أيا كان مصدرها . . ومن حيث أنه اذا تعذر على القضاء تطبيق هذه التشريعات جيبا لما قد يوجد بينها من تعارض ، وجب عليه أن يطبق القانون الاعلى في المرتبة وأن يستبعد عن دائرة التطبيق القانون الادنى اذا تعارض مع القانون الاعلى . . . ومن حيث أن تطبيق الدستور دون القانون عند التعارض ليس بمعناه الحكم بالفناء القانون ، فهذا ما لا تملكه المحكمة الا بنص صريح في الدستور . ولا تستطيع المحكمة من جهة أخرى أن تطبق القانون عند تعارضه مع الدستور ، فهذا ما لا تملك الترخيص فيه الا برخصة دستورية صريحة ، وكل ما تملكه المحكمة عند سكوت الدستور هو أن تمتنع عن تطبيق القانون غير الدستوري في القضية المعروضة عليها ، وقضاؤها في هذا مقصور على هذه القضية بالذات ، ودون أن تنقيد هي نفسها به في قضية أخرى تنظرها بعد ذلك . ومن حيث أن هذا النظر هو المستفاد من مبدأ فصل السلطات منهوما على وجهه الصحيح : فالسلطات التشريعية والقضائية كل منهما مستقلة عن الاخرى وكلابها تخضع للدستور . فلا يجوز للسلطة القضائية أن تحكم بالفناء قانون باطل في دعوى أصلية ترفع امامها ، والا بسطت سلطتها على السلطة التشريعية . ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تفرض على السلطة القضائية تطبيق تشريع يتعارض مع النصوص والمبادئ الدستورية فتزعمها بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تنفذ السلطة القضائية استقلالها وينقلب خضوعها للدستور خضوعها للسلطة التشريعية . وهذا وذاك يتعارضان بداهة مع مبدأ فصل السلطات . . . » .

٨ • التقنين

١٣٩ — التقنين وضرورته

لا يخرج التشريع دائما فى صورة واحدة • فقد يخرج مجزءا لا يتناول الا مسألة بعينها، كقانون المحاماة وقانون السجل او الشهر العقارى. وقد يخرج مجمعا تجميعا علميا منطقيا يضم فى وثيقة رسمية واحدة القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون •

ويطلق على عملية التجميع هذه اسم « التقنين » ، وكذلك يطلق هذا الاسم على الوثيقة الرسمية الجامعة نفسها التى تضم مجموعة النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون ، كالتقنين المدنى ، وتقنين العقوبات ، والتقنين التجارى وهكذا . ومن الامثل — منعاً للخلط — قصر اصطلاح « التقنين » Le Code على الوثيقة الرسمية الجامعة وحدها ، والتعبير باصطلاح « عملية التقنين » La codification عن عملية التجميع الرسمى نفسها •

وغنى عن البيان أن « التقنين » بالمعنى الاصطلاحى الدقيق انما هو تجميع رسمى من جانب الدولة للنصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون ، او هو تشريع جامع لهذا الفرع صادر عن المشرع نفسه بهذا الشكل الجامع . فلا يطلق هذا الاصطلاح على أى تجميع غير رسمى قد يقوم به بعض الكتاب او الفقهاء لبعض قواعد القانون المتفرقة ولو كانت تمس نفس الفرع من فروع القانون ، اذ مثل هذا التجميع لا يعدو أن يكون مجرد عمل فقهى بحت ، لا يرتفع الى مرتبة التشريع الجامع أى الى مرتبة التقنين •

وعملية التقنين ضرورة يقتضيها تقدم المدينة ونشاط حركة التشريع نشاطا كبيرا لا يؤمن مع وفرته التعارض والتضارب بين نصوص التشريع المتناثرة ، فيحتاج الامر الى جمع ما يخص من هذه النصوص كل فرع مستقل من فروع القانون فى وثيقة واحدة جامعة ، تحقق التناسق بين النصوص ، وترفع التعارض بينها ، وتيسر المرجع اليها بما تحصر وتركز من مظان البحث . وقد أصبح التقنين اليوم فى العصر الحديث أداة لتأكيد ما تبليغه الجماعة من وحدة

سياسية . بل لقد أصبح كذلك مظهرا للاستقلال الوطنى تفتح به الجماعات المتحررة حياتها عقب للتخلص من الاستعمار(١) .

١٤٠ - مهاجمة فكرة التقنين والرد عليها

هوجمت فكرة التقنين على يد المذهب التاريخى كما سبق البيان ، تخوفامن ان يؤدى جمع أحكام القانون فى تقنينات رسمية عدة الى جمود القانون وقعوده عن مسايرة التطور فى الجماعة . ولكن هذه المهاجمة تقوم على اساس فكرة خاطئة هى ان القانون يتكون آليا فى ضمير الجماعة ، فقد اظهرنا من قبل ما فى هذا الاساس من انكار لدور الارادة الانسانية البصيرة الواعية فى تكوين القانون(٢) . ونضيف الان الى ذلك ان هذا التخوف لا يجد دائما ما يبرره . فليس صحيحا اطلاق القول بأن عملية التقنين أو التجميع تضى على نصوص التقنين من المهابة والقدسية مايرد عن تعديلها وتغييرها بما يلائم تطور الحياة فى الجماعة . ذلك أنه يبقى للمشرع دائما حق موالاة التقنين بالمراجعة والتعديل(٣) كلما تخلفت نصوصه عن الوفاء بما يستجد من حاجات الجماعة . والثابت - كما دلت التجارب - أن المشرع لا يحجم عن السير فى طريق المراجعة والتعديل ، كلما دعت الضرورة الى ذلك . فضلا عن أن الغالب فى التقنين هو الاقتصار على العام من المبادئ والكليات ، دون الخوض فى الخاص من التفاصيل والجزئيات ، فتعتبر نصوصه بذلك فى يد القضاء أداة طيعة مرنة ، يتوصل - بما له من حرية فى التفسير - الى ملاءمتها وتكييفها ، رغم بعد العهد بوضعها ، وفقا لما يستجد من ظروف فى الحياة العملية .

يضاف الى ذلك ان المأخذ على التقنين هى فى جوهرها مأخذ على التشريع ، تنبع من فكرة واحدة هى فكرة انبعاث القانون من ضمير الجماعة انبعاثا ذاتيا وتطوره بالتالى تطورا آليا ، مما يستتبع أن لا يكون حبيس نصوص مدونة ، بل يترك حرا طليقا يجرى ويتطور به العرف . ولكن الثابت ان العرف لم يعد يفى

(١) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 321.

(٢) انظر سابقا ،قرة ٦٦ .

(٣) انظر فى كهيئة تعديل التقنين :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 323 - 327.

بمطالب الحياة الحديثة المكاثرة المتعقدة ، وأن التشريع قد غدا اليوم ضرورة تواجه هذه المطالب ، وخاصة بعد ازدياد تدخل الدولة نتيجة انتشار المذهب الاجتماعى ، وما التقنين الا صورة من صور التشريع يزيد عليه فائدة بما يجمع من مبعر النصوص ، ويوافق بينها على أساس منطقى سليم، وييسر الاحاطة بها والرجوع اليها .

ولئن قيل أن ظهور التقنيات الفرنسية فى اوائل القرن الماضى قد ولد «مذهب التزام النص» الذى قام على أساس من تقديس النصوص تقديسا جر الى جمود القانون الفرنسى ، فالرد على ذلك سهل ميسور . ذلك أن هذا المذهب ، ان كان قد نبت فى أعقاب صدور هذه التقنيات ، فلم يكن ذلك الا نتيجة تصور خاطى لفكرة القانون من اعتباره وليد ارادة الدولة ومشيتها واعتبار التشريع بالتالى وسيلة الدولة الوحيدة واداتها فى صنع القانون وفرضه . فلم يكن ظهور التقنيات اذن هو سبب نشأة هذا المذهب، وان كان ظهورها قد أعان على تثبيت هذا التصوير الشكلى الخاطىء للقانون فى الاذهان ومكن لاشاعة تقديس ارادة الدولة ونصوص التشريع فى النفوس . فالتقنيات الفرنسية كانت أول عمل تشريعى ضخم تولته دولة فى العصر الحديث ، مما مد فى الحجة لانصار فكرة عقد القانون بمشيئة الدولة ، وصور لهم أن مثل هذه التقنيات قد جمعت فأوعت وأحاط بكل شىء. غير أن تقدم العمر بهذه التقنيات وما صاحبه من تطور كبير فى المجتمع الفرنسى ، لم يلبث أن كشف عن خطأ النظرة الى هذه التقنيات باعتبارها شاملة وافية كاملة ، فضاعت بذلك أسطورة قدسيتها ، وانكشف فساد «مذهب التزام النص» فى تفسيرها . فظهرت مذاهب أخرى تدعو الى حرية أكبر فى التفسير ، أدى رواجها الى دحض اتهام التقنين بالجمود بالقانون .

وأياما كان الامر ، فقد بدد الواقع أوامام خصوم التشريع والتقنين ، فانتشر التشريع وراجت عملية التقنين ، ولم يستتبع ذلك لا قدسية التقنين ولا جمود القانون . فوجود تقنيات عدة لم يمنع المشرع المصرى أخيرا — حين دعت الحاجة — من الغائها واستبدال غيرها بها . ووجود التقنيات الفرنسية منذ

قرن ونصف من الزمان لم يجمد بالقانون الفرنسى، اذ لم يزل القضاء الفرنسى يذلل من نصوصها — بما أخط لنفسه من حرية فى التفسير — حتى لم تعد اليوم متخلفة عن مواجهة الحاجات والظروف الحالية للمجتمع الفرنسى .

١٤١ — حركة التقنين فى العصر الحديث

اذا كانت حركة التقنين منتشرة ورائجة فى العصر الحديث، فان جذورها ممتدة فى الماضى فيما عرفه الرومان من تقنين بدائى كالالواح الاثني عشر ، ثم فيما عرفوه فى القرن السادس الميلادى من تقنين أكثر احاطة وشمولا هو « مجموعة جوستينيان » . ولعل أول مظهر جدوى علمى لحركة التقنين ، كان هو صدور التقنين المدنى الفرنسى المعروف بتقنين نابليون سنة ١٨٠٤ ، وما تلاه فى فرنسا من تقنينات أخرى خاصة بباقي فروع القانون . ثم مالبثت حركة التقنين التى ابتدأتها فرنسا فى العصر الحديث أن عمت أكثر الدول (١) . وامتدت حتى الى ألمانيا مهد المذهب التاريخى عدو التقنين .

١٤٢ — حركة التقنين فى مصر

لم تعرف مصر حركة التقنين فى عهدها الحديث قبل الربع الاخير من القرن الماضى، فرغم تبعيتها للدولة العثمانية حينئذ لم تطبق فيها « مجلة الاحكام العدلية » ، نظرا لما كانت تتمتع به مصر من استقلال تشريعى وقضائى . وكذلك فلئن كانت بعض أحكام الشريعة الاسلامية قد جمعت فى مصر تجميعا علميا فيما أصدره قدرى باشا من مجموعات ثلاث هى : « كتاب الاحوال الشخصية » فى قواعد الاحوال الشخصية ، و « مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان » فى قواعد المعاملات المالية ، و « قانون العدل والانصاف » فى قواعد الوقف ،

(١) انظر فى انتشار حركة التقنين فى العصر الحديث ، وتعداد التقنينات المدنية خاصة فى مختلف الدول :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 371-376.

الا أن هذه المجموعات لا تعتبر تقنيًا بالمعنى الاصطلاحي لأنها مجرد مجهود فردى ، فليست لها صفة رسمية أو تشريعية تجعل لها قوة الزام فى العمل .

ثم عرفت مصر حركة التقنين بانشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ ، اذ وضعت ستة تقنينات أخذت - مع خلاف يسير - عن التقنينات الفرنسية لتطبيقها هذه المحاكم ، هى : التقنين المدنى ، وتقنين المرافعات ، والتقنين التجارى ، والتقنين البحرى ، وتقنين العقوبات ، وتقنين تحقيق الجنايات . ثم أنشئت المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣ ، فوضت لها ستة تقنينات أخرى على غرار التقنينات المختلطة .

غير أن العمل لم يلبث أن أظهر نقص هذه التقنينات التى وضعت على عجل لمواجهة انشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الاهلية ، وتخلفها عن ارضاء اتجاهات القانون الحديث . فلم يكن بد من مراجعتها مراجعة شاملة ، خاصة وقد ألغيت المحاكم المختلطة واستردت مصر سيادتها التشريعية والقضائية كاملة على الاجانب ، فاستبدل بالتقنين المدنى وتقنين المرافعات المدنية تقنينان جديدان دخلا دور التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . واستبدل بتقنين « تحقيق الجنايات » تقنين جديد سمي تقنين « الاجراءات الجنائية » تصحيحا للتسمية الاولى ، وعمل به ابتداء من ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ . ولم يتم بعد الفراغ من مراجعة التقنين التجارى والتقنين البحرى ، رغم أن الحاجة باتت ماسة الى مثل هذه المراجعة أمام ما أصاب التجارة والملاحة البحرية فى هذا القرن من نمو وتطور كبير . أما تقنين العقوبات ، فقد نقح تنقيحاً شاملاً مرتين : الاولى سنة ١٩٠٤ والثانية سنة ١٩٣٧ . وقد اتيح للمشرع أخيراً - استجابة للوعى الاجتماعى النامى - أن يصدر تقنين هامين هما : تقنين العمل بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، وتقنين التأمينات الاجتماعية بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ الذى حل محله من بعد القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ .

وأمام التطور الاجتماعى والاقتصادى والسياسى الاخير فى مصر نتيجة انتهاز وتطبيق سياسة اشتراكية واضحة منذ تشريعات يوليو سنة ١٩٦١

المشهوره ، استشعر المشرع المصري الحاجة الى وجوب اعادة النظر في التقنينات القائمة التي وضعت في ظل مبادئ ومفاهيم وقيم مختلفة ، فالف لجانا عديدة لاعداد مشروعات تقنينات جديدة تتفق واتجا الدولة الاشتراكي . وقد اتمت اغلب هذه اللجان مهمتها . ولكن لم ير النور بعد من انشروعات التي اعدتها هذه اللجان الا المشروع الخاص بتقنين المرافعات حيث صدر به القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، والمشروع الخاص بتقنين جديد للاثبات في المواد المدنية والتجارية حيث صدر به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

ثانيا — الدين

المصدر الاصلى الخاص

١٤٣ — تمهيد وتقسيم

تكلمنا من قبل عن الدين باعتباره مصدرا رسميا للقانون بوجه عام ، وراينا تفاوت سلطانه — فى هذا الاعتبار — بتفاوت الجماعات وتفاوت الزمان . ويعيننا الان أن نعرض للدين باعتبار مصدر رسمي أصليا خاصا للقانون المصرى . واعتبار الدين مصدرا رسميا أصليا خاصا فى هذا القانون ، يميزه عن التشريع المعتبر فيه مصدرا رسميا أصليا عاما . فرغم ما يشتركان فيه من صفة المصدر الرسمى الاصلى بحيث يكون لكل منهما الولاية أصلا فيما يتعرض له من مسائل ، الا أن نطاق الولاية يتفاوت بينهما تفاوتا كبيرا : فولاية التشريع عامة تمتد فى الاصل الى كل المسائل ، وأما ولاية الدين فخاصة لا تمتد الا الى مسائل معينة محدودة هى تلك التى تخرج استثناء من ولاية التشريع العامة . ويقتضى تحديد مركز الدين كمصدر رسمى أصلى فى القانون المصرى التفرقة أولا بين عهدين : العهد الذى سبق صدور التقنينات المصرية الاولى أى التقنينات المخلطة والاهلية فى أوائل الربع الاخير من القرن الماضى ، والعهد الذى تلا صدور هذه التقنينات . ثم يجب بعد ذلك الوقوف على أثر حركة التشريع الحديثة فى مصر فى تضيق نطاق ولاية الدين كمصدر رسمى أصلى .

١٤٤ - مركز الدين قبل صدور التقنينات الاولى

كان النظام القانونى فى مصر قبل صدور هذه التقنينات قائما منذ الفتح الاسلامى على اساس دينى بحت ، اذ كانت الشريعة الاسلامية هى السائدة باعتبارها المصدر الرسمى الاصلى العام ، أى باعتبارها فى الاصل الشريعة ذات الولاية العامة بالنسبة الى كل المسائل والى كل الاشخاص دون نظر الى اختلاف عقائدهم الدينية . وكان معترفا للشرائع الدينية الاخرى - بمقتضى الامتيازات الطائفية التى منحت لغير المسلمين فى الدولة العثمانية وامتدت الى مصر بالتالى - بولاية محدودة فى شأن المنتمين اليها وحدهم فى بعض مسائل الاحوال الشخصية .

١٤٥ - مركز الدين بعد صدور التقنينات الاولى

غير أن هذه المرتبة الاولى للشريعة الاسلامية بين المصادر الرسمية للقانون المصرى ، لم تلبث أن تخلفت بانشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الاهلية واصدار التقنينات المختلفة - مختلطة واهلية - فى أوائل الربع الاخير من القرن الماضى . اذ قفز التشريع بذلك الى الطليعة بين مصادر القانون المصرى ، فأصبح هو المصدر الرسمى الاول أو المصدر الرسمى الاصلى العام ، حالا بذلك محل الشريعة الاسلامية التى كانت تحتل من قبل هذا المركز . ولم يبق للدين من ولاية - الى جواره - الا فى شأن مسائل محدودة هى المسائل المتروكة التى أغفلت هذه التقنينات التعرض لها ، وهى مسائل الوقف ومسائل الاحوال الشخصية ، اذ ظلت هذه المسائل محكومة بالنظام السائد قبل صدور هذه التقنينات ، بحيث بقى المصدر الرسمى فى شأنها هو الدين على تفاوت فى ذلك بين الشرائع الدينية المختلفة ، بما يكفل للشريعة الاسلامية مركزها الممتاز القديم بالقياس الى الشرائع الدينية الاخرى ، وذلك على النحو الذى نوجزه (١) فيما يلى :

(١) انظر لزيادة التفصيل كتابنا « اصول القانون » سالف الذكر ، ص ٢١٩ - ٢٢٦ .

(١) **مسائل الوقف** : يقصد بمسائل الوقف « المنازعات والمسائل المتعلقة بإنشاء الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله فى مرض الموت » (م ١٦ - ١ من قانون نظام القضاء) . فقد ظلت هذه المسائل منذ صدور التقنينات المصرية الاولى - كما كانت قبل هذا الصدور - داخلة فى نطاق ولاية الدين ومحكومة أصلا بالشريعة الاسلامية وحدها ، سواء بالنسبة الى الاجانب أو بالنسبة الى المصريين على اختلاف عقائدهم الدينية . فالوقف نظام تأصل لدى فقهاء الشريعة الاسلامية من ناحية ، ونظام لا يتصل بالمعقيدة الدينية أو يحل مظنة الارغام فيها من ناحية أخرى ،

(٢) **مسائل الاحوال الشخصية** : يمكن رد مسائل الاحوال الشخصية - وفق ما استقر عليه العمل فى مصر ، وهو ما أيدته من بعد المادة ١٣ من قانون نظام القضاء - الى مجموعات ثلاث كبرى :

(١) المسائل المتعلقة بالحالة والاهلية والولاية

(٢) المسائل المتعلقة بنظام الاسرة : كالخطبة ، والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والبائنة ونظام الاموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والاقرار بالابوة وانكارها ، وتصحيح النسب والتبني ، والعلاقة بين الاصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للاقارب والاصهار .

(٣) المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا .

وكما قلنا ، تركت التقنينات المصرية الاولى مسائل الاحوال الشخصية فلم تعرض لها بحكم أو تنظيم ، وبذلك ظلت هذه المسائل خاضعة - بعد صدور هذه التقنينات - للنظام الذى كانت خاضعة له قبل صدورها ، أى للشرائع الدينية المختلفة السائدة فى مصر ، ولكن مع مراعاة ما للشريعة الاسلامية بينها من مركز ممتاز ، ناشئ من أن ولاية هذه الشريعة كانت هى الاصل ، وأن الاعتراف للشرائع الدينية الاخرى بولاية فى بعض مسائل الاحوال الشخصية وبالنسبة للخصوم التابعين لهذه الشرائع انما تقرر كمجرد استثناء تمكينا لحرية العقيدة عند غير المسلمين .

وبذلك ظلت الشريعة الإسلامية ، في مسائل الأحوال الشخصية ، هي الشريعة ذات الولاية العامة التي تحكم في الأصل هذه المسائل بالنسبة الى المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين على السواء .

أما الشرائع الدينية غير الإسلامية ، فلا تتمتع في نطاق مسائل الأحوال الشخصية الا بولاية مقيدة ومحدودة على سبيل الاستثناء ، اذ هي قاصرة من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع على حد سواء .

(١) فمن حيث الأشخاص ، ترتب ولاية هذه الشرائع باتحاد الخصوم في الدين أو الملة . بحيث اذا افترق الخصوم غير المسلمين في الدين أو الملة ، ظلت الولاية في شأن مسائل أحوالهم الشخصية للشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة في هذه المسائل .

(٢) ومن حيث الموضوع ، لا تكون ولاية الشرائع الدينية غير الإسلامية ملزمة الا في مسائل الأحوال الشخصية التي قد يحمل اخضاعها لنظام دون آخر معنى الارغام في العقيدة (١) ، وهي تكاد تنحصر في الزواج وما يتفرع عنه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق وتطليق وتفريق ، بحيث لا يحل للخصوم غير المسلمين المتحدى الدين أو الملة التراضى في شأنها على الاحتكام الى شريعة دينية غيرها ولو كانت هي الشريعة الإسلامية ذات الولاية العامة .

وأما المسائل التي لا تتصل بالعقيدة الدينية اتصالا مباشرا ، فالأصل — أمام انتفاء حرج الارغام في العقيدة في شأنها — هو خضوعها بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين على السواء للشريعة الإسلامية وهي الشريعة ذات الولاية العامة ، بحيث لا تثبت للشرائع الدينية غير الإسلامية في شأنها ولاية من حيث المبدأ . ولذلك كانت مسائل الأهلية والولاية على المال خاضعة حتى بالنسبة لغير المسلمين لقواعد الشريعة الإسلامية منذ قديم (٢) .

(١) نقض مصرى أول ابريل ١٩٤٣ ، مجموعة مهر (المدنية) ، ج ٤ ، رقم ٣٧ ، ص ٧٤ .
(٢) راجع في ذلك ، وفيها كان موجودا قبل صدور قانون المجالس الحسينية لسنة ١٩٢٥ من امتياز قضائي لثلاث من المجالس المالية غير الإسلامية بالنظر في مسائل الوصاية والقوامة وحدها دون سائر مسائل الأهلية والولاية على المال :

توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ ،
عقرة ٢٢ ، ص ٨٥ — ٩٥ .

ولكن استثناء من هذا الأصل ، أعطيت الشرائع الدينية غير الاسلامية امتيازاً بالولاية فى شأن مسائل الموارث والوصايا ، رغم عدم اتصالها بالعقيدة الدينية اتصالاً مباشراً • غير أن ولايتها فى ذلك لم تكن ولاية ملزمة ، بل مجرد ولاية تحكيمية • ومعنى ذلك أن الشريعة الاسلامية ظلت هى الشريعة الواجبة التطبيق فى هذه المسائل حتى على غير المسلمين ، ولكن زيادة فى التسامح الدينى أبيح لغير المسلمين بقبول معينة الاحتكام الى شرائعهم الدينية فى شأنها ، فقيد هذا الاحتكام ، فضلاً عن قيد اتحاد الملة بين الخصوم وهو الشرط العام لولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية ، بقيد آخر هو وجوب صدور التراضى على الاحتكام ممن يعتبرون ورثة فى نظر الشريعة الاسلامية . وقد أكدت محكمة النقض حدود الولاية التحكيمية للشرائع الدينية غير الاسلامية فى مسائل الموارث والوصايا على هذا النحو (١) ، وقتن المشرع المصرى هذا القضاء من بعد بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ (٢) .

١٤٦ - اثر نشاط حركة التشريع الحديثة فى مركز الدين

إذا كان هذا هو مركز الدين عقب صدور التقنينات المصرية الاولى فى أوائل الربع الاخير من القرن الماضى ، فإن حركة التشريع لم تلبث أن نشطت فى القرن الحالى نشاطاً كبيراً فى المسائل المتروكة أصلاً لولاية الدين ، مما كان له أثره فى تضيق مدى هذه الولاية الى حد بعيد •

فصدر قانون « المجالس الحسينية » فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، مقنناً القواعد القانونية المتعلقة بالاهلية والولاية على المال بين المصريين جميعاً دون نظر الى اختلاف دياناتهم • وقد حل محله من بعد القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسينية ، الذى لم يلبث أن استبدل به أخيراً - فيما يتعلق

(١) نقض أول أبريل ١٩٤٣ ، المشار اليه فى الهامش قبل السابق •

(٢) راجع مع ذلك فيما يراه بعض الفقهاء من إلغاء هذا القانون وما يقرره من ولاية تحكيمية للشرائع غير الاسلامية فى مسائل الموارث والوصايا بمقتضى المادتين ١/٨٧٥ و ٩١٥ من التنتين المدنى الحالى ، وفى مناقشة هذا رأى ورفضه :

كتابتنا أصول القانون مبالغ الذكر ، هلمس (١) ص ٢٢٨ و ٢٢٩ - توفيق نرج ، المرجع السابق ، فقرة ١٨ ، ص ٦٨ - ٧٠ .

بأحكامه الموضوعية - القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال وهو القانون المطبق حاليا . وصدر كذلك القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بوضع قواعد جزئية متعلقة ببعض مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين ، وهى مسائل المهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتطليق . ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٧٧ لسنة ١٤٢ بشأن المواريث ، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوقف (١) ، والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية . ويصدر كل ما تقدم من قوانين ، أصبح المصدر الرسمى الاصلى اليوم لما تتضمنه هذه القوانين من أحكام هو التشريع لا الدين . ولكن تبقى الشريعة الاسلامية التى استقيت منها تلك القوانين مصدرا تاريخيا أو ماديا لأحكامها .

فهذه التشريعات اذن قللت من مدى ولاية الدين كمصدر رسمى أصلى خاص للقانون المصرى الى حد بعيد ، ولكنها لم تعدم هذه الولاية اطلاقا . فما زال للدين مركزه كمصدر رسمى أصلى فى كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم من النطاق المتروك اصلا للدين ، على النحو الذى سبق بيانه من اعتبار ولاية الشريعة الاسلامية - فى هذا النطاق - ولاية عامة (٢) ، وولاية الشرائع الدينية الاخرى مجرد ولاية استثنائية محدودة .

ولم يتغير هذا الوضع بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المالية اخيرا . فان المحاكم العادية اليوم - رغم توليها الفصل فيما كان يدخل ف اختصاص تلك المحاكم والمجالس الملغاة من مسائل بالنسبة الى الجميع على اختلاف الدين -

(١) يرامى أن نطاق الوقف قد ضاق اخيرا فى مصر يصدر القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى أنشأ « الوقف على غير الخيرات » وهو المعروف باسم « الوقف الاعلى » ، فلم يسبق ثابثا الا الوقف الخيرى وحده . وفى شأنه تدخل المشرع اخيرا بما يكفل التوفى من مساوئ ادارته الزمنية ومن جهود نظائره (انظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٦٦ ، ص ١١٨ و ١١٩) . (٢) ولذلك حرص المشرع المصرى ، فى صدد بعض الاحوال الشخصية المنظمة بتشريعات ، على الاحالة الى الشريعة الاسلامية الى جوار النصوص التشريعية المقررة (م ١/٨٧٥ مدنى فى شأن المواريث ، وم ١١٥ مدنى فى شأن الوصية) ، وكذلك نبهت المذكرة التفسيرية لقانون الوقف الى « أن هذا القانون ليس شاملا لكل أحكام الوقف ، وانه فيما عدا الاحكام الواردة به يجب الرجوع الى الراجح من مذهب الامة اى حنيفة » (راجع فى ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٢٢٨ و ٢٢٩) .

ما تزال تقتضى ، تبعا لاختلاف عقائد الخصوم ، بالشريعة الاسلامية والشرائع الدينية الاخرى وكل منها فى حدود ولايته .

المطلب الثانى

المصادر الاحتياطية

١٤٧ — الحاجة الى المصادر الاحتياطية

رأينا أن المصادر الرسمية الاصلية للقانون المصرى هى التشريع بوصفه مصدرا عاما يشمل اختصاصه فى الاصل كل المسائل عموما ، والدين بوصفه مصدرا خاصا ينحصر اختصاصه فى نطاق محدود . ففىما عدا هذا النطاق المحدود الذى تكون الولاية فيه للدين على ما سبق من تفصيل ، تثبت الولاية للتشريع أصلا . غير أن التشريع لا يمكن أن يتوافر له من كمال الاحاطة ما يواجهه كل ما قد يوجد أو يستجد فى الحياة العملية من روابط وعلاقات وأوضاع . فالنقص فيه فطرى ينبغى التماس سده عند غيره من المصادر الرسمية . ولذلك توجد المصادر الاحتياطية لكى تواجه الفراغ الذى قد يخلفه هذا المصدر الاصلى العام وهو التشريع .

والعرف فى القانون المصرى — كما هو الشأن عادة فى اغلب القوانين الحديثة — هو المصدر الرسمى الاحتياطى الذى يلى التشريع فى المرتبة ، فيسد ما قد يوجد فيه من نقص . غير أن القانون المصرى قد ائسح المجال — منذ نفاذ التقنين المدنى الحالى سنة ١٩٤٩ — لمصدر رسمى احتياطى ثان يلى العرف فى المرتبة هو « مبادئ الشريعة الاسلامية » .

ولذلك نعرض فيما يلى للعرف أولا ، ثم لمبادئ الشريعة الاسلامية ثانيا .

أولا - العرف (١)

La Coutume

١٤٨ - تمهيد

العرف هو اطراد التقليد على اتباع سنة معينة في العمل مع الاعتقاد في الزام هذه السنة كقاعدة قانونية . أو هو تواتر العمل بقاعدة معينة تواتر تمليه العقيدة في ضرورة اتباع هذه القاعدة . وقد يقصدُ باصطلاح «العرف» ، فضلا عن ذلك ، الدلالة على القاعدة أو السنة التي تحمل العقيدة في إلزامها على اطراد اتباعها في العمل .

وقد سبق أن أشرنا أن العرف كان من ناحية الوجود التاريخي أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية . ومرد ذلك الى أنه يتكون آليا مما تمليه ضرورات العمل بمعزل عن تدخل السلطة الحاكمة في الجماعة . فهو مصدر رسمي وقطري وضروري يعطى القاعدة القانونية قوة ملزمة في العمل ، خاصة حيث الحياة بدائية ، والمحافظة على التقاليد شديدة والسلطة في الجماعة ضعيفة أو غير متركزة في يد هيئة معلومة يجتمع لها من القدرة ما تملك معه حق الامر بالقواعد القانونية والجبر على طاعتها .

(١) راجع في ذلك بمحة خاصة :

Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, Nos. 109-139, pp. 317-446. — Lebrun, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, thèse, Caen, 1932. — Koschembahr-Lyskowski, *Le code civil et la coutume, Révision de la notion de coutume, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, pp. 403-415. — Spach, *Recherches sur la problématique du droit coutumier, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. II, pp. 277-301. — Waline, *L'individualisme et le droit*, 1949, pp. 249-308.

Allen, *Law in the making*, pp. 62-150 — Gray, *The nature and sources of the law*, pp. 282-301.

أحمد حشمت أبو ستيت ، أبحاث في أصول القوانين ، العرف كمصدر من مصادر القانون ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، ص ٦٢٢ — ٦٤٦ .

فاذا تقدمت المدنية وتمعت الحاجات فى الجماعة ، لم يكن بد للعرف من النزول للتشريع عن مكانه كمصدر أصيل للالزام بالقواعد القانونية ، وان بقى - الى جنب التشريع - مصدرا تكميليا يلزم بالقواعد القانونية حين يتبدى نقص نصوص التشريع .

ذلك هو دور العرف اليوم فى أغلب الدول الحديثة . وليس ينفى ذلك أن العرف ما زال فى بعض الدول كانجلترا ، محتفظا بمكانه كمصدر للقانون ، وان يكن يختلط فيها بأحكام القضاء حيث السوابق القضائية ملزمة ، مما يطويه تحت راية القضاء ويجعل الالزام به على أساس اطراد المحاكم على الحكم بقواعده ، أى يجعل القضاء هو المصدر الرسمى للقانون . وان يكن القضاء هناك - نظرا لما للسوابق القضائية من الزام - يكاد يرد بدوره الى نوع من العرف هو العرف القضائى .

وينبغى - لبسط القول فى العرف - الوقوف على أركانه ، والكشف عن أساس قوته الملزمة ، والاحاطة بمكانه بين المصادر الرسمية للقانون وبخاصة القانون المصرى ، وبنصيبه المتفاوت فى فروع القانون المختلفة

§ ١ - أركان العرف

قلنا ان العرف هو اطراد التقليد على اتباع سنة معينة فى العمل مع الاعتقاد فى الزام هذه السنة كقاعدة قانونية يجب التزامها واحترامها .

ومن هذا التعريف يتضح أن العرف يقوم على ركنين أساسيين :

(١) ركن مادى ، يتلخص فى اطراد العمل بسنة أو قاعدة معينة .

(٢) ركن معنوى ، يتلخص فى توافر الاعتقاد فى الزام هذه السنة وضرورة

اتباعها (١) .

١٤٩ - الركن المادى - اطراد العمل بسنة معينة

يقصد بهذا الركن المادى الدلالة على أن العرف انما يتكون أولا من العمل بسنة معينة ، واطراد العمل بهذه السنة وتواتره .

وهذه السنة تنشأ فى الجماعة بمعزل عن توجيه السلطة الحاكمة فيها أو أمرها وتولدها الحاجة اليها فى العمل ، فتنشأ فى العمل نشوءا ذاتيا أو شبه ذاتي ، لا يفتعله أو يفرضه احد كما تفرض التشريع سلطة عامة مختصة مثلا . فاتباع الافراد سنة معينة باطراد انما يكون محض اتباع ذاتى يندفعون اليه اما بدافع الاحساس بضرورة هذه السنة ، واما بدافع الاستحسان لها ، واما بدافع التقليد لغيرهم فى اتباعها .

فالعرف اذن انما يوجد ويولد فى الجماعة مباشرة ويتكون اول الامر من حل معين يطبق فى نزاع معين ، ثم يتبع هذا الحل كلما عرض نفس النزاع ، حتى تستخلص من ذلك سنة متبعة باطراد فى هذا الصدد .

فينبغى اذن أن يتكرر العمل بهذه السنة تكرارا يتضمن معنى الثبات والاستقرار على اتباع مضمونها . وينبغى أن تكون هذه السنة عامة يسود اتباعها بين الافراد لا بمعنى أن تكون شاملة تعنى الجماعة كلها ولكن بمعنى أن تكون عامة فى المكان الذى تتبع فيه باطراد، وأن تكون عامة بالنسبة للأشخاص الذين تتوجه اليهم ، أى أن تتوجه اليهم بصفاتهم لا بذواتهم . فلا يطمئن فى عموم السنة اذن كونها محلية أى قاصرة على جزء معين من اقليم الجماعة ، ولا كونها مهنية أو طائفية أى قاصرة على مهنة أو طائفة معينة ، كما هى الحال فى العرف التجارى والعرف الزراعى .

وينبغى فضلا عن ذلك أن تكون هذه السنة قد صارت قديمة (١) بمعنى أن يكون قد مضى على اطراد العمل بها زمن كاف يؤكد تكرارها وعمومها على

(١) ومع ذلك ، انظر فيما يراه بعض الفقهاء من عدم اشتراط القدم لنشوء العرف الدستورى
خاصة :

عبد الحميد متولى ، الفصل فى القانون الدستورى ، الجزء الاول ١٩٥٢ من ١٦٥ - ١٦٩ .

السواء . وتحديد هذا الزمن أمر تقديرى بحت يتوقف على ظروف عدة ،
ولذلك فهو يختلف باختلاف القواعد العرفية وتفاوت موضوعها .

ويرى بعض الفقهاء (١) أن العرف ينبغى أن يكون موافقا للنظام العام
والآداب فى الجماعة . وعندنا أن مثل هذا الشرط لا يصدق الا فى حق العرف
المحلى والعرف المهنى أو الطائفى (٢) ، حيث قد يتصادم مثل هذا العرف مع
ما يستقر فى الجماعة من قواعد متعلقة بالنظام العام والآداب . أما العرف
الشامل ، فلا يتأتى القول باسقاط موافقته النظام العام والآداب فى
الجماعة (٣) ، لانه هو نفسه — باعتباره مكونا فى الجماعة كلها — يسهم الى
حد كبير فى تحديد مضمون النظام العام والآداب فيها .

وأيا ما كان الامر ، فالعرف بما يتطلب من قدم وتكرار ينتهى الى أن يكون
مصدرا بطيئا من مصادر الانتاج القانونى ، وهو بذلك لا يملك الاستجابة
السريعة لحاجات الجماعات الحديثة المتجددة المتغيرة ومن هنا يبدو تفوق
التشريع عليه من هذه الناحية .

والعرف — باعتباره سنة متبعة فى العمل بإطراد — لا يمدو أن يكون مجرد
معنى يستخلص مما هو واقع فى العمل من التواتر على سير أو سلوك معين ،
ولهذا كثيرا ما يميزه الوضوح والتحديد وأن يكن ذلك يزيد فى مرونته . وهو

(١) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فترة ٧٣ — سليمان مرقس ، فترة ١٥٢ —
عبد الفناح عيد الباقى ، فترة ١١٧ — محمد على امام ، فترة ١١٥ .

(٢) وقد عرض على محكمة النقض المصرية أبر النشيت من موافقة العرف الكنسى الخاص
بنظام الرهبنة — وهو عرف طائفى — للنظام العام ، فقضت بأن « الرهبنة نظام متبع لدى بعض
الطوائف المسيحية فى مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية .. وأن من قواعد الرهبنة ..
أن الأموال التى تؤول للرهبان من طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكا للبيعة ، إذ الراهب
يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال كى يلقف ويربى تربية دينية على حساب الدير راضيا بالنظام
الكنسى القاضى بأن كل ما يصيبه من رزق لا يملك فيه شيئا ، بل يكون ملكا للكنيسة ، وهذا
التراضى الذى جرى العرف الكنسى باتباعه ليس فيه ما يخالف مبادئ النظام العام أو أحكام
القانون فى شيء ما » . (نقض ١٤ ما يو سنة ١٩٤٢ ، مجموعة مهر ، ج ٣ ، رقم ١٥٥ ،
ص ٤٣١ وما بعدها) .

(٣) الا أن تكون القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب مقررمة بنصوص تشريعية آمرة ،
وحينئذ لا تجوز مخالفتها بعرف شامل ، لأن العرف أدنى من التشريع فى المرتبة كما سنرى .

يفترق ، فى هذه الناحية عن التشريع الذى تقوم سلطة عامة مختصة بسنه وانراغ معناه فى لفظ يحدده فيعطيه الوضوح والثبات ونص قد يقيد فيجهد به عن مسايرة التطور .

١٥٠ — الركن المعنوى — العقيدة فى الزام السنة المتبعة

لا يكفى — لتكون القاعدة العرفية — وجودها المادى كسنة يطرد اتباعها فى العمل بل ينبغى لها فضلا عن ذلك وجود معنى أو نفسى ينحصر فى قيام عقيدة — فى نفس من يتبعون هذه السنة باطراد — بالزام هذه السنة ووجوب احترامها كما تحترم القواعد القانونية (١) . وبغير هذا الوجود المعنوى أو النفسى لا يوجد العرف ، وانما يظل مجرد سنة غير ملزمة ، يملك الافراد — حتى ولو كانوا يجرون على اتباعها فى العمل باطراد حتى مخالفتها كما يشاؤون

وتوافر هذا الركن هو الذى يسمح بالقول بنشوء عرف ، ويتميز العرف بالتالى عما قد يخلط به من أوضاع متشابهة كالعادة الاتفاقية خاصة .

١ — التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية العرف اذن يتميز أساسا بما يلحقه من صفة ملزمة ناتجة من الاعتقاد فى الزامه نفس الزام القواعد القانونية أى من الاعتقاد فى وجود جزاء أو اجبار عام أو جماعى يكفل احترامه . وعلى هذا النحو يتميز العرف (la coutume) عن مجرد العادة (l'usage) ، اذ يجتمع للعرف الوجود المادى والمعنوى على السواء أى اطراد السنة والعقيدة فى الزامها معا . ولا يجتمع للعادة الا الوجود المادى وحده دون الوجود المعنوى، فتكون مجرد سنة تنقصها عقيدة الالتزام وان كانت مطردة فى العمل ، أى تكون مجرد سنة مطردة يتبعها الافراد فى العمل اتباعا لا يقوم على عقيدة الزامية فى ضرورة مراعاتها أو احترامها وانما هو محض اتباع اختياري من جانبهم .

Gény, op. cit., No. 110, p. 320, No. 119, pp. 361 - 364. — Lebrun, (1) thèse précitée. Nos. 220 - 224.

وقيام عقيدة الالتزام عند الافراد ، لا معنى أن الامراء يظهرون بذلك ارادتهم فى انشاء قاعدة قانونية ، فالعرف ليس تصرفا اراديا . (انظر : Lebrun, Thèse précitée, No. 223)

من هنا فلا تصرى العادة في حق الافراد سريان العرف في حقهم . فالعرف وهو قاعدة قانونية ، يلزم الافراد بذاته دون توقف على ارادتهم . اما العادة — وهى مجرد واقعة مادية اى مجرد سنة تتبع عادة في العمل دون أن تسندها عقيدة في الزامها — فلا تكون لها قدرة على الزام اى فرد كان ، الا أن يريد الفرد الالتزام بها ، وتظهر ارادته هذه صراحة أو ضمنا . وحينئذ لا يكون الزام العادة الزاما ناشئا عن وجودها كقاعدة قانونية لها قوة ذاتية ملزمة ، وانما هو الزام ناشئ من التزام بعض الافراد بها وقبولهم اتباعها بمحض ارادتهم واتفاقهم . اى أن العادة لا يكمن الزامها في قوتها الذاتية ككل قاعدة قانونية ، وانما يستمد هذا الالتزام من ارادة المتعاقدين واتفاقهم . لذلك جرى الاصطلاح على تسمية العادة باسم « العادة الاتفاقية » L'usage conventionnel

ومن أمثلة المادة ما يطرد عليه العمل فى بعض المدن من أن المستأجر هو الذى يتكفل بثمن استهلاك المياه ، وما يطرد عليه العمل عكس ذلك فى مدن أخرى من أن المؤجر هو الذى يتكفل بهذا الثمن (١) . وكذلك ما تجرى به العادة فى بيع بعض أنواع الفاكهة بسعر المائة حبة ، من احتساب المائة مائة وعشرين بحسب المناطق والجهات . وكذلك ما تجرى به العادة من توزيع الارباح بين الشركاء بنسبة الثلثين للشريك الذى قدم رأس المال ونسبة الثلث للشريك الذى قدم العمل

فينبغي للاخذ بحكم العادة ان انصراف ارادة المتعاقدين الى التقيد والالتزام بها انصرافا صريحا ، أو — كما هو الغالب — انصرافا ضمنيا

(١) ولا يمنع وجود نص — كالمادة ٢/٥٦٧ من التقنين المئى المصرى — بشأن من يتحمل بهذا الثمن من المتعاقدين ، من اعمال المادة ولو كانت مخالفة للنص ، طالما أنه نص مكل لا آمر ، وطالما ثبت انصراف ارادة المتعاقدين — ولو انصرافا ضمنيا مستخلصا من الظروف — الى الاخذ بالعادة (انظر ككلينا سالف الذكر ، هابش ١٥) ص ٢٢٨ ، وقرن : عبد الفتاح عبد الباقى ، هابش ١٥ ص ١٥٩ — وانظر بوجه عام فى قدرة المعاداة الاتفاقية — نتيجة انصراف الإرادة الى الاخذ بها — على مخالفة القواعد القانونية المفردة أو المكللة بما يمنع من انطباقها :

يسفخلص من مختلف ظروف التعاقد كمكان العقد وزمانه والغرض من التعاقد ومركز المتعاقدين ومعاملتهما السابقة (١) . فإذا لم تنصرف ارادة المتعاقدين صراحة ولا ضمنا الى الالتزام بالعادة ، فلا الزام لها عليهما . وعلى هذا النحو تفرق العادة الاتفاقية عن القاعدة القانونية المكحلة (٢) ، فتكون العادة ملزمة باتجاه ارادة المتعاقدين الى اتباعها والالتزام بحكمها ، وتكون القاعدة القانونية المكحلة ملزمة — على العكس من ذلك — بانصراف ارادة المتعاقدين عن مخالفتها (٣) .

واذا كانت القواعد العرفية — ككل القواعد القانونية — اما قواعد آمرة (٤) وأما قواعد مكحلة ، فقد تدق التفرقة بين العادة الاتفاقية وبين القاعدة العرفية المكحلة . ولكن فضلا عما يفرق بينهما من توافر عقيدة الالتزام في الثانية دون الاولى ، فان التمييز بينهما يظل قائما على الاساس الذي اقمنا عليه التفرقة بين العادة وبين القاعدة القانونية المكحلة بوجه عام ، فبينما لاتلزم العادة الاتفاقية الا بانصراف ارادة المتعاقدين الى الاخذ بها ، اذ بالعرف المكحل — على النقيض من ذلك — يلزم اذا لم يتفق المتعاقدان على خلافه .

ويراعى أن المشرع كثيرا ما يحيل على العادات الاتفاقية ، وان كان يترخص في تسميتها غالبا باسم العرف . وحينئذ تستمد العادة الاتفاقية الزامها من نص المشرع لا من انصراف ارادة المتعاقدين الى الاخذ بها (٥) .

Gény, op. cit., No. 131, p. 424. (١)

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٧٨ — عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٢٥ ، ص ١٦١ .

(٢) انظر عكس ذلك :

Marty et Raynaud, Droit civil, t. I, 1956, No. 114, p. 191.

(٣) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., No. 134, p. 423.

(٤) من أمثلة القواعد العرفية الآمرة ما كان موجودا في مصر من قبل من قواعد هربية مبنية للاجانب التمتع ببعض الحقوق والامتيازات ، وما يوجد من عرف في بعض الدول بتسمية الزوجة بلقب زوجها .

(٥) في هذا المعنى .

سليمان مرسس ، فقرة ١٤٦ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٢٨ . — محمد علي امام ، فقرة ١٢٠ .

وانظر عكس ذلك :

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٧٨ .

٢ — نتائج التفرقة بين العرف وبين العادة الاتفاقية : اذا كانت التفرقة واجبة بين العرف وبين العادة الاتفاقية على النحو السابق ، من كون العرف ينشئ قاعدة قانونية بيننا العادة تعتبر مجرد واقعة مادية يأتيها الالتزام من ارادة المتعاقدين وقصدهما الالتزام بها ، فانه تنبنى على هذه التفرقة نتائج بعيدة المدى نذكر أهمها فيما يلي :

(١) يفترض العرف — ككل قاعدة قانونية — العلم به فلا يقبل — كمبدأ عام — الاعتذار بجهل أحكامه . إما العادة الاتفاقية — وهى مجرد واقعة مادية لا تستمد قوتها الملزمة من ارادة المتعاقدين — فتفترض ، لامكان تطبيقها أن يكون المتعاقدان على علم بها وببينة منها ، فهى لا تطبق اذا جهل المتعاقدان أو أحدهما وجودها ، اذ فى هذه الحالة لا يمكن أن تكون ارادتهما قد انصرفت الى التقيد بأحكامها (١) .

(٢) يكون القاضى — باعتباره مكلفا بتطبيق القانون — ملزما من تلقاء نفسه بتطبيق العرف بوصفه قاعدة قانونية فى الدعاوى المرفوعة أمامه ، حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك أو يتمسكوا به ، ولذلك لا يكون الخصوم ملزمين فى الاصل كما سنرى باثبات العرف . بيننا ينبغى التمسك بالعادة الاتفاقية من قبل الخصوم لامكان تطبيق القاضى لها فى حقهم ، اذ هى فى مقام الشرط الصريح أو الضمنى فى العقد . ويقع حينئذ على من يتمسك بالعادة الاتفاقية من الخصوم واجب اثباتها (٢) ، فيثبت وجودها المادى كسنة مطردة فى العمل ثم يثبت انصراف ارادة المتعاقدين الى التقيد بأحكامها (٣) .

Gény, op. cit., No. 133, p. 425. (١)

Gény, Ibid. (٢)

(٣) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، فقرة ١٥٣ — عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٢٥ ، ص ١٦٢ .

وقارن مع ذلك :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القلوعن المعنى ، ج ٢ ، الاثبات ، آثار الالتزام ، ١٩٤٦ ، فقرة ٢٨ .

(٣) لما كانت العادة الاتفاقية لا تلزم الا باتجاه ارادة المتعاقدين الى التقيد بأحكامها ، فينبغى أن يكون قاضى الموضوع — على خلاف الحال فى العرف كما سنرى — مطلق السلطان فيما يقضى به من وجود العادة أو تطبيقها ، لا معقب لحكمة النقض عليه فى ذلك (١) .

ومما يكن من أمر التفرقة بين العرف وبين العادة الاتفاقية ، فالثابت أن العادة تنتهى فى كثير من الاحيان الى أن تصير عرفاً ، حينما تحل ارادة جماعية مشتركة محل الارادات الفردية فى اعتقاد ضرورة التقيد بها ، أى حينما ينفصل الالتزام الذى يصاحب العادة عن ارادة المتعاقدين ليصبح الزاماً عاماً يقوم على عقيدة عامة فى وجوب احترام السنة التى تجرى بها العادة ووجوب كفالة هذا الاحترام بقوة الجماعة أو الدولة ، فتصبح العادة بذلك قاعدة قانونية عرفية ملزمة بذاتها (٢) .

١٥١ - اثبات العرف

قلنا ان العادة الاتفاقية يقوم باثباتها من يتمسك بها من الخصوم . أما العرف فعلى العكس من ذلك ، لا يقع اثباته على الخصم الذى يطلب تطبيقه ، لانه قاعدة قانونية ، والفروض فى القاضى العلم بالقواعد القانونية فلا يملك تكليف أحد باعلامه بها أو اثباتها له .

ورغم ذلك ، فلئن كان العرف كالتشريع يعتبر قاعدة قانونية ، الا أنه ينبغى التسليم بأن معرفة التشريع أيسر على القاضى من معرفة العرف ، اذ التشريع نصوص مدونة فى وثائق معلومة ومنشورة ، بينما العرف لا يعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص مما يجرى عليه العمل فى الجماعة كسنة ملزمة ، مما يتعذر معه التفسير على القاضى بالزامه الاحاطة بها احاطة شاملة كاملة ،

(١) فى هذا المعنى :

حابد نهى وحيد حابد نهى ، النقض فى المواد المدنية والتجارية ، ١٩٣٧ ، فقرة ١٧ ،

ص ٨٥ و ٨٦ .

Gény, op. cit., No. 133, pp. 430, 431. (٢)

خاصة وهو غالبا عرف محلى او طائفى يختلف باختلاف الجهات واختلاف الطوائف . من اجل ذلك يكون للقاضى ان يتوصل بكل الطرق الموصلة الى الوقوف على العرف : فله ان يكلف الخصم الذى يدعى وجود قاعدة عرفية ويطلب بتطبيقها فى موضوع النزاع ، القيام باثبات وجودها وتحديد مضمونها ، بل الغالب فى العمل ان يبادىء هذا الخصم فيقوم باثبات وجود القاعدة العرفية التى يدعيها دون انتظار لتكليف القاضى له بهذا الاثبات (١) .

وللقاضى كذلك — اذا كان العرف خاصا بهنة معينة — ان يستدل على وجود العرف بالرجوع الى اهل الاختصاص فى هذه المهنة . فهو فى العرف التجارى مثلا يستنير بماتعطيه الغرف التجارية من شهادات مكتوبة فى هذا الشأن (٢) . ولا يعنى ذلك ان مثل هذه الشهادات لها حجية مطلقة فى اثبات العرف مما يلزم القاضى بالحكم وفقها ، اذ يبقى للخصم الاخر حق الطعن فيها واقامة الدليل على عكسها ، والقاضى من فوق ذلك يفصل فى الامر بما له من سلطة تقديرية .

١٥٢ — رقابة محكمة النقض على وجود العرف وتطبيقه

قلنا ان القاضى مطلق السلطان لا معقب عليه فى قضائه حيث يحكم بوجود المادة الاتفاقية او بتطبيقها ، لان المادة الاتفاقية — وهى مجرد واقعة ملدية — تعتبر مسألة موضوعية لقاضى الموضوع الراى الاعلى والنهائى فيها فلا رقابة لمحكمة النقض عليه فى تقديره .

اما العرف ، فينبغى كبداً عام ، ان يخضع حكم قاضى الموضوع — بشأن وجوده وبشأن تطبيقه على السواء — لرقابة محكمة النقض ، لانه ليس الا

(١) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., No. 118.

(٢) فى هذا المعنى :

مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، نمرة ٢٢٤ .

قاعدة قانونية ، فيكون لحكمة النقض — وهى الرقابة على صحة تطبيق القانون — حق التثبيت من وجود أو عدم وجود العرف حين يكون وجوده محل منازعة ، وحق التثبيت كذلك من صحة تطبيق قاضى الموضوع أياه حين يكون وجوده بمنأى عن الخلاف .

وإذا كان هذا المبدأ يبدو سليما نظرا لما قدمناه من اعتبار العرف مصدرا رسميا للقواعد القانونية، إلا أن ذلك لم يمنع الفقه والقضاء من المنازعة فيه. فقضت محكمة النقض الفرنسية بعكسه منذ قديم ، وشايعها فى قضائها جمهور الفقهاء الفرنسيين فى القرن الماضى ، بحيث غدا مستقرا حينئذ أنه ، فيما عدا الحالات التى تحيل فيها نصوص التشريع صراحة على العرف ، ليس ثم رقابة لحكمة النقض على قضاء الموضوع فيما يقضون به من وجود العرف أو من تطبيقه (١) .

ولكن تطرف هذا الرأى وعدم استقامته مع منطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون ، لم يلبث أن حدا بكثير من الفقهاء الى الحد من اطلاقه ، فذهبوا الى اعطاء محكمة النقض سلطة الرقابة على تطبيق العرف ، دون سلطة الرقابة على وجوده التى تظل متروكة لقضاء الموضوع دون معقب (٢).

وإذا كان هذا الرأى يستجيب استجابة صحيحة لمنطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون فيما يوجبه من اخضاع تطبيق العرف لرقابة محكمة النقض ، إلا أنه لا يستجيب لهذا المنطق استجابة كاملة حيث لا يزال يترك لقضاء الموضوع السلطة النهائية فى التثبيت من وجود العرف . ولا تنهض

Gény, op. cit., t. II, No. 179, pp. 200, 201. (١)

(٢) راجع فى الإشارة الى هذا الرأى فى القانون الفرنسى :

Gény, op. cit., t. II, No. 179, p. 201.

وانظر فى الاخذ به فى القانون المصرى :

حامد فهمى ومحمد حامد فهمى . المرجع السابق ، فقرة ١٧ ص ٨٦ و ٨٧ — عبـد النعم
رج الصده ، الإكبات فى المواد المدنية ، فقرة ٢٤ .

الحجج المقدمة في هذا الشأن لتبرير النظر الى وجود العرف نظرة مختلفة عن تطبيقه (١) ، فالتسليم باعطاء محكمة النقض حق الرقابة على صحة تطبيق العرف ، يقتضى منطقاً وبداهة وجوب تحققها اولاً من وجود هذا العرف الذى تتعرض لرقابة صحة تطبيقه .

وبذلك نستطيع ان نؤكد ما اسلفناه من حق محكمة النقض فى بسط رقابتها على الاحكام القضائية فيما تقضى به من وجود العرف ومن تطبيقه على السواء (٢) .

§ ٢ — أساس قوة العرف الملزمة

١٥٣ — اختلاف النظر الى أساس الزام العرف

إذا اجتمع للعرف ركناه ، ركبه المادى من تواتر السير على سنة معينة فى الجماعة، وركبه المعنوى من الاعتقاد فى الزام هذه السنة، خرجت منه قاعدة قانونية ملزمة هى القاعدة العرفية.بقى ان نتساءل عن أساس قوة العرف

(١) فمن ذلك ما يقال من ان الثبوت من وجود العرف مسألة موضوعية لا مسألة قانونية ، مما يوجب ان يستأثر بها نهائياً قاضيا الاصل أى قاضى الموضوع . ولكن القواعد العرفية كما قدمنا قواعد قانونية ، كالقواعد التشريعية سواء بسواء . وإذا كان لا خلاف على سلطة محكمة النقض فى الثبوت من وجود قواعد التشريع التى يقضى بها قضاء الموضوع ، فيجب ان يكون الحال كذلك فى شأن القواعد العرفية التى تشترك معها فى كونها قواعد قانونية ، دون ان يفر من ذلك ما قد يتطلبه الثبوت من وجود القواعد العرفية من فحص دقيق للوقائع لا يتطلب مثله الثبوت من وجود القواعد التشريعية .

ومن المخالفة ان يقال ان محكمة النقض تنزلق بذلك الى ميدان الوقائع وهو غير ميدانها . فانه اذا كان من الطبيعى ان يمتنع على محكمة النقض — وهى ليست محكمة وقائع — بسط رقابتها على وقائع الدعوى أى على الوقائع التى تكون محلاً لأعمال القواعد القانونية ، فليس يمتنع عليها — بل يكون من واجبها — الثبوت من الوقائع المكونة للقواعد القانونية التى ينسب لها السهر على صحة تطبيقها، فمسئوليتها عن رقابة تطبيق القانون ، تقتضيها حباً للثبوت من وجوده باعتبار ذلك مسألة أولية لازمة ، حق ولو كان من شأن هذا الثبوت التعرض للوقائع الوليدة للقانون ، ويستوى فى ذلك ان يكون العرف أو التشريع هو مصدره .

وانظر فى ذلك وفى مناقشة ما يقال من حجج أخرى : كتابنا سالف الذكر ، ص ٢٤٥ و ٢٤٦ .

(٢) انظر فى الاخذ بهذا الراى فى القانون المصرى خاصة :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، ص ٥٣ (الهامش) . — عبد الباسط جيمس ، نظام الاتبات فى القانون المصرى ، ص ٨١ و ٨٢ . — محسن شفيق ، القسطنون التجارى المصرى ، الجزء الاول ، ١٩٤٩ ، فقرة ٣٠ — مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣ .

الملزمة أى عن الأساس الذى يجعل من العرف شكلا ملزما أو مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، وفى هذا الصدد نجد نظريات مختلفة نعرض لها ولناقشتها فيما يلى :

١٥٤ — تأسيس الزام العرف على ارادة المشرع الضمنية

أول ما نصادف فى هذا الشأن نظرية قديمة (١) ، تكاد تكون مهجورة اليوم فى الفقه ، تذهب الى أن مبعث الزام العرف هو قيام الدولة على كفالة احترامه بقوتها المادية ، بمعنى ان العرف يجد أساس قوته الملزمة فى رضا المشرع عنه وفى قيامه على تطبيقه ، فيعتبر بذلك مجرد ارادة ضمنية له كما يعتبر التشريع ارادته الصريحة .

وواضح أن مثل هذه النظرية انما تقوم على أساس المذهب الشكلى فى تصوير القانون . فقد كان من شأن هذا المذهب اعتبار القانون وليد ارادة الدولة ومشيتها ، بحيث لا يتصور وجود القانون دون استناد الى هذه الارادة أو المشيئة . ومن هنا ، لم يجد الفقهاء الشكليون مقرا — أمام ما يوجد من قواعد قانونية ملزمة يجرى بها العرف فى الجماعة — من محاولة اسناد هذه القواعد الى ارادة الدولة أو المشرع حتى يستقيم منطقهم من انكار صفة القواعد القانونية على كل قاعدة لا تخرج من هذه الارادة . ولذلك كان طبيعيا ، حتى يعترفوا للقواعد العرفية بوصف القواعد القانونية ، أن يعتبروها ارادة ضمنية للمشرع ، اذ ما دام المشرع لا يعترض على العرف المتكون فى الجماعة بل يقوم على تطبيقه والزام الافراد باحترامه ، فمعنى ذلك أن ارادته تنصرف ضمنا الى اقرار هذا العرف .

ويكفى لرفض هذه النظرية ما قدمناه فى تفنيد المذهب الشكلى الذى تخرج

(١) انظر خاصة فى الاشارة الى هذه النظرية :

Gény, op. cit., t I, No. 114. — Lebrun, thèse précitée, Nos. 146 - 149.

(م ١٨ — المدخل الى القنون)

منه (١) . ويعزز هذا الرغض — بالإضافة الى فساد تصوير القانون الذى تقوم هذه النظرية على أساسه — أنها تخالف الثابت المسلم من أن العرف كان أسبق فى الوجود تاريخيا من التشريع ، مما يثبت أنه مصدر مستقل عنه متصور وجوده دون اقرار المشرع له أو رضاه عنه . وبذلك يظهر عجز هذه النظرية عن تبرير قوة العرف الملزمة فى الجماعات البدائية التى لم تكن قد عرفت المشرع بعد (٢) .

ومن هنا ، نستطيع القول بأن العرف لا تقوم قوته الملزمة على أساس أن المشرع أو الدولة ترضى عنه منقره بذلك ضمنا ، وإنما — كما سنرى — على أساس أن له قوة ملزمة ذاتية تفرض نفسها على المشرع أو الدولة . فالعرف إذن لا يكون ملزما لان الدولة تقره وتطبقه ، وإنما تقوم الدولة بتطبيقه لانه ملزم بذاته من قبل .

١٥٥ — تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعى »

يستند هذا التأسيس الى تصوير المذهب التاريخى للقانون (٣) ، القائم على أن القانون ينشأ ويتطور آليا نتيجة ما يتفاعل فى ضمير الجماعة من عوامل مختلفة ، مما حدا به الى تفضيل العرف على التشريع ، باعتبار العرف وسيلة التعبير المباشرة والتلقائية عن « الضمير الجماعى » الذى يخرج منه القانون ، بينما التشريع هو وسيلة هذا التعبير غير المباشرة . وبذلك انتهى المذهب التاريخى الى أن يسند قوة الزام العرف الى « الضمير الجماعى » (٤) ، وأن يحل هذا الضمير — فى تأسيس هذه القوة — محل « ارادة المشرع » التى كان يتمسك بها المذهب الشكلى (٥) .

(١) راجع ، سابقا ، فقرة ٤٧ .
Lebrun, thèse précitée, No. 160. (٢)

(٣) راجع سابقا ، فقرة ٦٥ .
Gény, op. cit., No. 115, p. 341. (٤)
Lebrun, thèse précitée, No. 165. (٥)

وليس من شك فيما كان للمذهب التاريخي من فضل — من هذه الناحية — في إبراز أهمية العرف كمصدر للقانون (١) ، وكصدر سابق في الوجود على التشريع وهو ما أغفلته النظرية السابقة . ولكن الحكم على نظريته الى أساس قوة العرف الملزمة يرتبط بنظرته الى تكوين القانون ، وقد أظهرنا من قبل ما في هذه النظرة من مغالاة وقصور (٢) . فضلا عن أن تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعي » لا يفيد أو يقدم كثيرا ، نظرا لما يحيط فكرة « الضمير الجماعي » من غموض وإبهام يجعل وجود هذا الضمير محلا للشك (٣) .

١٥٦ — تأسيس الزام العرف على أحكام القضاء

وتم نظرية أخرى تذهب الى أن أساس قوة العرف الملزمة هو قضاء المحاكم بتطبيقه ، اذ ترى أن الزام العرف لا ينشأ من تلقاء نفسه ، وانما ينشئه القضاء انشاء ويطبقه فيما يرفع اليه من منازعات . أي أن العرف لا يتكون الا بعد حكم المحاكم به ، فالقضاء هو الذي يكونه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة الزامية .

وتجد هذه النظرية أنصارا كثيرين ، ليس فقط في القانون الانجليزي حيث قد تلمس تأييدا لها في نظام السوابق القضائية المقرر في هذا القانون ، بل كذلك لدى بعض الفقهاء الفرنسيين رغم خلو القانون الفرنسي من نظام السوابق القضائية .

وأبرز الفقهاء الفرنسيين المؤمنين بهذه النظرية والداعين لها لامبير (Lambert) (٤) . فهذا الفقيه يستقرىء التاريخ ، ليخلص الى أن العرف في الجماعات البدائية لم يخرج — خلافا للشائع — من العادة

(١) Lebrun, thèse précitée, No. 166.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو مستيت ،قرة ٧٥ .

(٢) انظر سلفا ، قرة ٦٦ .

(٣) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, No. 115, p. 344. — Lebrun, thèse précitée, No. 168.

Lambert, La fonction du droit civil comparé, t. I, 1903. (٤)

وانظر كذلك في عرض نظرية هذا الفقه :

Waline, op. cit., Nos. 153 - 157, pp. 274 - 283 — Lebrun, thèse précitée,

Nos. 184 - 190.

الشعبية *L'usage populaire* وانما خرج من أحكام الكهنة
القضاة *Les prêtres - juges* الذين كانوا يستمدون سلطتهم في القضاء
من صفتهم الدينية ، نظرا لاختلاط القانون بالدين حينئذ . ولم يتغير الحال من
بعد ، حين أصبح القضاء مدنيين يستمدون سلطتهم في القضاء من الدولة لا
من الدين . فاجتماع الجماعة على قاعدة قانونية (عرفية) لا يكون اذن
تلقائيا ، اذ مصالح الافراد مختلفة ، والنظرة عندهم الى ما يجب من قواعد
لحكم علاقاتهم لابد بالتالى وأن تكون متباينة ، ولا ينحسم الامر الا بتدخل
سلطة اجتماعية هي السلطة القضائية . فاذا اطردت أحكام هذه السلطة
واستقرت على القواعد الواجبة ، كان قولها القول الفصل الذى ينزل الجميع
عند حكمه ، سواء كان ذلك عن اقتناع أو عن تسليم ، أمام مال هذا القضاء
المستقر من حجية ملزمة . وبذلك لا يأتى اجتماع الافراد وتضافرهم على العمل
بهذه القواعد الا لاحقا لحكم القضاء بها واستقراره عليها . ولا ينفى هذا
التصوير أن القضاء لا يتحكم في فرض هذه القواعد المسماة بالقواعد العرفية ،
وانما يستلهم في فرضها الاتجاهات والافكار السائدة في الجماعة حينئذ ، اذ
يبقى له وحده سلطة اعطاء وصف القواعد القانونية لما يوجد في الجماعة من
عادات مختلفة مبهمة مجردة من القيمة القانونية (١) . فاذا كان للجماعة دور
اذن في شأن هذه القواعد ، فهو ليس على أى حال دور الخالق السابق ، وانما
هو دور المنظم اللاحق .

ولكن هذه النظرية بدورها غير سليمة . فليس ثم ما يقطع تاريخيا بأن
العرف قد استمد الزامه من أحكام القضاء به كما تدعى هذه النظرية . بل يبدو
من المسلم أن بعض القواعد العرفية — على الاقل — قد تكون كقواعد قانونية
ملزمة من قبل تدخل القضاء (٢) ، أو حتى دون حاجة الى هذا التدخل (٣) كما
هو الشأن في بعض قواعد العرف المهني (٤) .

Wallne, op. cit., No. 157, pp. 282, 283. (1)

Lebrun, thèse précitée, No. 197. — Gény, op. cit., t. II, No. 192, (٢)
p. 264.

Wallne, op. cit., No. 163. (٣)

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 114. (٤)

فضلا عن أن النظر الى القضاء باعتبار أن وظيفته هي تطبيق القانون ،
تفترض نشوء القانون بمعزل عن القضاء ومن قبل تدخله لكي يستطيع من بعد
القيام بوظيفته في تطبيقه ، وليس من الطبيعي كذلك أن يكون ما يستند اليه
القضاء ويطبقونه في منازعات الافراد هو ما يضعونه بأنفسهم من قواعد (١) .

فالقضاء إذن لا ينشئ العرف ، لان العرف انما ينشأ في الجماعة وتقوم
المعقيدة في الزامه في اذهان الناس ، ثم يجرون على إتباعه من قبل أن يرفع
الامر الى القضاء . فاذا رفع الامر الى القضاء وحكم بالعرف ، فهو انما يحكم
بقاعدة قانونية موجودة أصلا ، كما يفعل حين يحكم بقاعدة تشريعية ثابتة بنص
من النصوص المدونة . أي أن القضاء لا ينشئ العرف أو يخلقه بحكمه به ،
وانما هو يكتشف عن وجوده كتاعدة قانونية ملزمة . ومتى كان العرف
موجودا ، أصبح القضاء ملزما بتطبيقه ، اذ يجد نفسه أمام قاعدة قانونية
ملزمة ، ووظيفته هي تطبيق القانون . ومن هنا فليس صحيحا القول بأن العرف
يوجد لان المحاكم تطبقه ، بل الصحيح هو القول بأن المحاكم تطبقه لانه
موجود . وبذلك لا يكون الزام العرف هو المؤسس على حكم القضاء به ، وانما
يكون هذا الحكم هو المؤسس على الزام العرف .

دور القضاء في تحديد مضمون العرف وتدعيم قوته الملزمة : اذا كان
جمهور الفقهاء (٢) يتفقون على رفض هذه النظرية لما قدمنا من أسباب ، ولا
يعترفون للقضاء بالقدرة على خلق العرف بحيث يقتصر على مجرد اظهاره
والكشف عنه ، فان دور القضاء من هذه الناحية لا يزال — رغم ذلك — غير
منكور في تحديد مضمون العرف وفي تعزيز قوته الملزمة على السواء .

فالعرف — كما سبق البيان — يعوز غالبا الوضوح والتحديد لانه مجرد معنى
يستخلص من تواتر العمل في الجماعة بسنة ملزمة . فاذا طلب الى القضاء

(١) Gény, op. cit., t. II, No. 192, p. 266.

(٢) Walline, op. cit., Nos. 162 - 165. — Gény, op. cit., t. I, No. 116, p. 366; t. II, No. 192. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 114.

تطبيقه ، أتاحت الفرصة لازالة الغموض والابهام عنه ، اذ يتوفر القضاء على تمحيص حقيقة العرف للوصول الى استقصاء معناه الحقيقي كما يوجد في الجماعة والحكم طبقا لهذا المعنى ، فكان القضاء اذن يعين على ضبط معنى العرف وتحديدده .

وكذلك فللقضاء دور كبير في تدعيم قوة الزام العرف ، فكلن كانت هذه القوة كامنة في عقيدة الافراد بحيث لا يخلقها القضاء ، الا انها تجد التطبيق العملي لها على يد القضاء ، مما يزيد في تاكيدها وتدعيمها واقبال الافراد على احترام العرف (١) .

١٥٧ — قوة الزام العرف الذاتية

فالثابت اذن أن العرف لا يستمد قوته الملزمة ، لا من المشرع الذي يرضى عنه أو الدولة التي ترصد قوتها على كفالة احترام أحكامه ، ولا من الضمير الجماعي ، ولا من القضاء الذي يحكم بقواعده . وانما للعرف — كما يتجه الفقه الحديث — قوة الزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده (٢) حين لا يوجد تشريع كما في الجماعات البدائية ، أو حين يكون التشريع ناقصا — والنقص فيه طبيعي وفطري — كما في الجماعات الحديثة . فالواقع أن العرف هو الوسيلة الفطرية الطبيعية لكل جماعة في حكم السلوك فيها ، وفي التصدي لتنظيم ما قد يستعصى على التشريع تنظيمه أو ما يتأخر التشريع عن تنظيمه .

وقضلا عن ذلك فقد يسهم في اعطاء العرف قوة ملزمة ذاتية اعتبارات كثيرة منها ما للقديم من التقاليد من حرمة وهيبة في النفوس ورهبة غريزية من مخالفتها ، وما تقتضيه حاجة الامن والاستقرار في المعاملات من تطبيق السنة

(١) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, *ibid.*

Gény, *op. cit.* t. I, No. 116, p. 345 — Lebrun, *thèse précitée*, No. 212. (٢)

— Roubier, *op. cit.*, No. 1, p. 9.

التي جرى الناس على اتباعها زمنا طويلا باعتبارها سنة ملازمة ، وما في العرف - وهو الذي يتبعه الناس عامة ، من يستفيدون منه ومن يضارون به على السواء - من قرينة على تحقيق العدل واقامة التوازن بين المصالح الفردية المتعارضة (١) .

٣ - مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون

١٥٨ - مقام العرف في القانون الحديث

قلنا ان العرف كان أقدم المصادر الرسمية للقانون وجودا ، وظلت له الغلبة والهيمنة على بقية المصادر الاخرى التي مالبثت أن ظهرت الى جواره . ثم انتشرت المدنية وتمعدت حاجات الجماعات ومطالبها، مما عجز معه العرف عن الاحتفاظ بمركزه الاسمي بين المصادر الرسمية ، فتخلى عنه . واحتله التشريع بدلا منه فأصبح اليوم - في أغلب الدول الحديثة - هو أول مصادر القانون الرسمية وأهمها . ولم تبق للعرف اليوم من أهمية تفوق أهمية التشريع الا في بعض دول محدودة وظروف خاصة بها .

وفي أغلب الدول حيث يعظم نصيب التشريع من الانتاج القانوني، تستحيل مسيطرة المذهب التاريخي في منطقته من تقديم العرف عليه في المرتبة وتمكينه من مخالفته أو الغائه ، باعتبار أن العرف هو تعبير مباشر عن ضمير الجماعة والتشريع مجرد تعبير غير مباشر عنه ، فمثل هذا النظر يتنافى مع المذهب الاجتماعي - السائد في العصر الحديث - بما دفع اليه من تدخل الدولة وهيمنتها على كافة الروابط والعلاقات الاجتماعية .

فضلا عن أن طبيعة العرف نفسه تجعله أضعف من التشريع ، فهو مصدر انتاجه القانوني بطيء لا يسعف الجماعات الحديثة في الاستجابة لحاجاتها الدائمة التجدد بالسرعة الواجبة . وقواعده ينقصها الوضوح والتحديد ، مما يعمد معه تحقيق النظام والامن والاستقرار في المعاملات - وتكوينه الذاتي

دون ارادة واعية بصيرة تقوم على صياغته ووضعه ، لا يؤمن معه اسرافه أو شبطه أو انعدام التناسق بين قواعده . فمن هذه النواحي تظهر أفضلية التشريع على العرف ، اذ تجتمع له — بما يقوم على وضعه من هيئات مختصة — سرعة الانتاج القانوني ، ودقة الصياغة والتحديد بما يكفل استقرار المعاملات ، وحسن التناسق بين قواعده .

١٥٩ - تقدم مرتبة التشريع على العرف فى القانون المصرى

وأيا ما كان الامر ، فلا خلاف فى القانون المصرى على تقدم مرتبة التشريع على العرف ، اذ ينص المشرع المصرى صراحة على وضع التشريع فى المرتبة الاولى بين مصادر القاتون الرسمية ، ومن بعده يأتى العرف لاكمال ما قد يقوم بالتشريع من نقص ، مما يجعل العرف مصدرا رسميا تكميليا للمصدر الرسمى الاصلى وهو التشريع . فالمادة الاولى من التقنين المدنى المصرى الحالى — بعد أن تحيل القاضى أولا الى نصوص التشريع فى فقرتها الاولى — تعود فى فقرتها الثانية فتعدد المصادر الاخرى التى يلتبس فيها القاضى القواعد القانونية ان أعوزه النص ، وتجعل العرف فى مقدمة هذه المصادر ، اذ تقول « فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ... » .

والعرف على هذا النحو يعتبر فى القانون المصرى مصدرا رسميا تكميليا ، يلجأ اليه فى حال نقص نصوص التشريع لاكمال هذا النقص .

١٦٠ - نتائج تخلف المرتبة بالعرف عن التشريع

ينبنى بداهة على تأخر مرتبة العرف عن مرتبة التشريع فى انقانون المصرى أن العرف لا يملك كقاعدة عامة انفاء لتشريع أو مخالفته ، وان كان التشريع — على العكس من ذلك — يملك مخالفة العرف والغاءه . وهذه النتيجة المنطقية لتدرج المرتبة بين التشريع والعرف ، تستخلص كذلك من نص المادة الثانية من التقنين المدنى على أنه « لا يجوز الغاء نص تشريعى الا بتشريع لاحق... » . فعنى عن البيان — كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى لهذا التقنين فى هذا الشأن — « أن النص على عدم جواز نسخ التشريع الا بمقتضى تشريع

آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق^(١)، وإذا كان واضحاً عدم قدرة العرف على إلغاء التشريع ، فعدم قدرة العرف على مخالفة التشريع أمر يحتاج الى تفصيل ويقتضى التمييز بين التشريع الامر والتشريع المكمل .

(١) عدم قدرة العرف على مخالفة او إلغاء نصوص التشريع الآمرة :

الثابت اذن أن العرف — كبداً عام — لا يملك مخالفة التشريع او إلغاءه . وهذا المبدأ — فيما نرى — مطلق بالنسبة لنصوص التشريع الآمرة، ما يحمى منها مصالح خاصة ، وما يحمى منها مصالح عامة أو مصالح أساسية للدولة على السواء . فلا نقر ما يراه بعض الفقهاء^(٢) من جواز مخالفة العرف لنصوص التشريع الآمرة المقصود منها حماية مصالح خاصة ، لان مثل هذه النصوص لا تقل عن النصوص الآمرة الأخرى تعلقاً بالنظام العام فلا يجوز الترخّص فى مخالفتها أو إلغائها الا بنصوص تشريعية آمرة كذلك .

أما ما يراه بعض الفقهاء من جواز مخالفة العرف التجارى خاصة للنصوص التشريعية الآمرة^(٣) فنقول لا يمكن التسليم به على إطلاقه . اذ لا يمكن بحال من الاحوال — والمبدأ هو تقدم مرتبة التشريع على العرف — تبرير مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون التجارى الآمرة ، ايا كان نوع المصالح التى تحمىها هذه النصوص .

انما كل ما يمكن تبريره فى هذا الشأن ، هو جواز مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون المدنى الآمرة ، اذ الواقع انه ليس فى ذلك اهدار لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون ، أو تغليب للعرف على التشريع . ذلك ان الامر لا يعدو مجرد تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٦٦ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٨٠ ، ص ٩٣ ، وفترة ١٦٧ ، ص ٢١٨ ، هاشم « ١ » — سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، الموضع السابق .

والقاعدة فى هذا الشأن أن القانون المدنى يكمل القانون التجارى عند نقصه ،
لانه هو الاصل العام ، والقانون التجارى هو الحكم الخاص ، فحيث لا توجد
قواعد خاصة فى المسائل التجارية ، لا يبقى مناص من الرجوع الى القواعد
العامه فى القانون المدنى باعتباره الشريعة العلمة فى المعاملات الخاصة
للأفراد . ووجود عرف تجارى معناه وجود قاعدة قانونية تجارية أى قاعدة
خاصة . فلا حاجة مع وجودها الى تطبيق القواعد المدنية وهى قواعد عامة فى
هذا الشأن . وبذلك لا يقوم تنازع بين العرف التجارى وبين نصوص القانون
المدنى ، اذ مع وجود مثل هذا العرف تثبت له الولاية وحده فى مجاله التجارى
الخاص دون النصوص المدنية العامة (١) .

فاذا وجد عرف تجارى ، فلا تقاس مرتبته اذن الى القانون المدنى — اذ لا
محل لتطبيق القانون المدنى وهو القاعدة العامة عند وجود العرف التجارى
وهو القاعدة الخاصة — وانما تقاس مرتبته فقط الى القانون التجارى ، وتظل
متأخرة عن نصوصه الامرة — كما هو المبدأ العام — بحيث لا يجوز لها مخالفتها
أو الغاؤها (٢) .

وعلى أى حال فالمرشح المصرى يصرح فى نصوص مختلفة من التقنين المدنى
بتغليب العرف التجارى — فى المجال التجارى — على النص المدنى الامر (٣) .
فمن ذلك نصه على عدم اتباع الحكم الذى يحظر تعاقد الشخص مع نفسه دون

(١) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I. No. 129, p. 413. — Ripert, Traité élémentaire de
droit commercial, 1948, No. 48.

كتابنا سالف الذكر ، ص ٢٥٧ — ٢٥٩ — مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة
٢٢ ، ص ٢٧ و ٢٨ .

وانظر عكس ذلك : محسن شفيق ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، فقرة ٢١ . — أكرم
الخلوى ، قانون التجارة اللبنانى المعلن ، بيروت ، ١٩٦٦ ، فقرة ٤٧ ، ص ٦٧ .

(٢) ولذلك لا نقر ما يذهب اليه بعض الفقهاء (سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢) من تجويز
مخالفة العرف التجارى نصوص القانون التجارى الامرة (غير المتصلة بمصالح الدولة الاساسية) ،
وقياسهم على ذلك العرف المدنى للقول بإمكان مخالفته كذلك نصوص القانون المدنى الامرة
المبطله . فهذا الراى يتعارض مع صريح نصوص القانون المصرى (انظر كذلك فى انتقاد هذا
الراى : عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ هامش « ١ ») .

ترخيص من الاصيل اذا وجد ما يخالفه من قواعد التجارة (م ١٠٨) ، وعلى ان
حظر تقاضى فوائد على متجهد الفوائد او مجاوزة مجموع الفوائد رأس المال ،
يكون « دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » (م ٢٣٢) . وتقطع هذه
النصوص - والعرف التجارى المذهب بمقتضاها يخص أهم مواطن التعارض
بينه وبين النصوص المدنية الآمرة - بأن هذا التغليب هو المبدأ العام الذى
يسلم به نفس المشرع (١) والذى وقفنا على سلامته الاصولية من قبل .

(٢) قدرة العرف على مخالفة النصوص المكملة دون الغائها :

اذا كان العرف لا يملك مخالفة او الغاء نصوص التشريع الآمرة، فهو يملك
مخالفة نصوص التشريع المكملة لارادة المتعاقدين (٢) ، اذ هي نصوص يجوز
للانفراد الاتفاق على ما يخالفها ، فمن باب اولى يجوز نشوء عرف مخالف لها
فى الجماعة . ولذلك نرى المشرع يعنى بالتنبيه فى كثير من النصوص المكملة
الى أن هذه النصوص لا تسرى اذا وجد عرف مخالف لها . ومن قبيل ذلك ما
تنص عليه المادتان ٤٥٦ و ٤٥٧ من التقنين المدنى من أن الثمن يكون مستحق
الوفاء فى المكان والوقت الذى يسلم فيه المبيع « ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى
بغير ذلك » ، وماتنص عليه المادة ٤٦٤ من أن « نفقات تسلم المبيع على
المشتري ما لم يوجد عرف أن اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وغنى عن البيان أن العرف اذا كان يملك مخالفة نصوص التشريع المكملة ،
فلا تحمل هذه المخالفة معنى الغاء تلك النصوص . فقيام عرف مخالف لتلك
النصوص انما يحتمل محمل اتفاق الانفراد وتراضيههم على خلافها (٣)، فلا يكون

(١) انظر عكس ذلك :

لكم الخولى ، المرجع السابق ، فقرة ٤٧ ، ص ٦٧ .

(٢) فى هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, No. 128, p. 401.

سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢ - مصطفى كمال طه ، فقرة ٢٣ .

(٣) ولكن يراعى أن ليس هذا هو المجال الخاص للعرف ، وانما هو مجال العادات الاتية.
انظر : Gény, op. cit., t. I, No. 128, p. 401 ; No. 132, pp. 426, 427 .

وانظر سابقا ، هلبش « ١ » ، ص ٢٦٦ .

له من أثر الا مجرد استبعاد تطبيقها دون الامتداد الى الغائها (١) ، اذ
العرف — كما قلنا — لا يملك الغاء التشريع باعتباره أدنى مرتبة منه .

§ ٤ — نصيب العرف في فروع القانون المختلفة

اذا كان مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون يأتي بعد التشريع
مباشرة ، فان نصيبه — كمصدر رسمي تكميلي للتشريع — يتفاوت بتفاوت
فروع القانون .

١٦١ — القانون التجارى

العرف أخصب ما يكون فى نطاق القانون التجارى ، حيث النصوص
التشريعية ليست وفيرة أو كافية لمواجهة مطالب الحياة التجارية المتجددة
المتطورة ، أو حيث تتنحى النصوص التجارية قصدا عن تناول بعض المسائل
تاركة اياها للعرف . ومن أمثلة قواعد العرف التجارى القديمة افتراض
التضامن بين المدينين ، فيكون للدائن فى المعاملات التجارية مطالبة أى واحد
من المدينين بكل الدين ، وهذا العرف التجارى يخالف المقرر فى المعاملات المدنية
من أن التضامن لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م
٢٧٩ مدنى) . ومن أمثلة العرف التجارى كذلك وخاصة فى شأن الحساب
الجارى جواز تقاضى فوائد على متجدد الفوائد وتجاوز مجموع الفوائد رأس
المال ، وذلك خلافا للمقرر فى شأن المعاملات المدنية من حظر ذلك (م ٢٣٢
مدنى) . وكذلك من قواعد العرف التجارى قاعدة عدم جواز الاحتجاج
بالدفوع على حامل الورقة التجارية حسن النية ، وقاعدة عدم تجزئة الحساب
الجارى (٢) .

(١) فى هذا المعنى :

عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٢٢ ، ص ١٥٨ .

(٢) راجع فى قواعد العرف التجارى :

مصطفى كمال طه ، ص ٢٨ .

١٦٢ - القانون المدني

ليس للعرف نصيب وافر في القانون المدني ، وأن تكن النصوص التشريعية تحيل عليه أحيانا . ومن أمثلة العرف في العلاقات المدنية القرينة العرفية في مصر على اعتبار أئتك المسكن ملك للزوجة المسلمة ، وهى مؤسسة على الغالب في العمل من أن تجهيز مسكن الزوجية بالاثاث انما تتكفله الزوجة المسلمة أو أهلها ، ، ولكن هذه القرينة العرفية مجرد قرينة بسيطة يجوز اقامة الدليل على عكسها . وكذلك ما يزال العرف يجرى في مصر على أن المرأة تظل تحتفظ بلقب أسرتها بعد الزواج ، دون أن تكتسب حق استعمال لقب الزوج . بينما يجرى العرف في كثير من الدول الغربية وخاصة في فرنسا ، على اكتساب الزوجة — الى جوار لقبها الاصلى — لقب الزوج بمجرد الزواج (١) .

١٦٣ - القانون الدستوري

ليس حظ العرف بالضئيل في نطاق القانون الدستوري (٢) . فبعض الفقهاء فى مصر كانوا يبررون حق السلطة التنفيذية فى اصدار لوائح الامن والبوليس فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ بوجود عرف يخولها ذلك (٣) .

١٦٤ - قانون العقوبات

أما قانون العقوبات ، فليس للعرف فيه — بوصفه مصدرا رسميا — أدنى نصيب ، نظرا لاحتكار التشريع حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات (٤) . فثم قاعدة أساسية فى قانون العقوبات تقضى بأنه «للاجريمة ولاعقوبة الا بناء على

(١) J. Carbonnier, Droit civil, t. I, 1962, No. 55, pp. 187-189.

(٢) راجع فى العرف الدستورى وأنواعه وقوته :

عبد الحيد مولى ، الفصل فى القانون الدستورى ، ص ١٨٥ — ٢٠٢ . — سعد منصور ، مقدمة القانون الدستورى ، ١٩٥٤ . ص ٨٢ — ١٠٦ .

(٣) أنظر سابقا ، فقرة ١٢٨ .

(٤) فى هذا المعنى :

محمد كامل برمى والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصرى الجديد ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١٠٦ .

قانون «. وتحصر الدساتير عادة على النص عليها صراحة — كالدساتير المصرية المتعاقبة — تأكيداً وكفالة للحريات الفردية • وعلى ذلك ، فعند خلو التشريع من نص يقضى بتجريم فعل والعقاب عليه ، لا يكون أمام القاضي الا تبرئة المتهم دون أن يملك اللجوء الى العرف لسد نقص التشريع والعقاب بالتالى على الفعل المرتكب (١) •

ولكن اذا كان العرف لا يملك تقرير جريمة أو فرض عقوبة ، فانه حيث يوجد نص تشريعى بالعقاب على جريمة ، يكون اللجوء الى العرف متصورا على سبيل الاستثناس بصفته معيناً على تفسير النص (٢) وتحديد مضمونه أى بصفته مجرد مصدر تفسيري •

ثانياً — مبادئ الشريعة الإسلامية

١٦٥ — ادراج « مبادئ الشريعة الإسلامية » بين المصادر الرسمية للقانون المصرى ، باعتبارها المصدر الاحتياطى الثانى الذى يلى العرف
اشرنا من قبل الى أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً رسمياً أصلياً للقانون المصرى فى نطاق محدود لا يعدو بعض مسائل الوقف والاحوال

(١) فى هذا المعنى :

Seitirô Ono, Les sources du droit pénal, Recueil d'études sur des sources du droit, en l'honneur de F. Gény, t. III, p. 279.

محمد كهل مرمى والسعيد مصطفى السعيد ، الموضع السابق .

(٢) قضت محكمة النقض بأنه « لا محل للقول بأنه لا توجد لوائح تقضى بأن يلتزم سائق السيارة السير على يمين الميدان محل الواقعة ويدور حوله ، لأن العرف جرى بأن يلتزم سائقو السيارات الجانب الأيمن من الطرق دائماً » . واستطردت فقررت أن « مخالفة هذا العرف تتحقق بها مخالفة لائحة السيارات التى تنص على أنه لا يجوز سائق السيارات بصرمة أو بكيفية ينجم منها بحسب ظروف الاحوال خطر ما على حياة الجمهور وممتلكاته » . نقض ٦ أبريل ١٩٤٨ ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الاولى ، رقم ١٢٢ ، ص ١٦٦ . ومن ذلك يتبين وجود نص تشريعى بالتجريم والعقاب هو نص لائحة السيارات ، وما كان رجوع محكمة النقض الى العرف الا لتفسير هذا النص وتحديد الكيفية التى ينجم عن السوق بها خلطس على حياة الجمهور أو ممتلكاته ، ذلك السوق الذى تماقبت عليه هذه اللائحة . ومن هنا لم يكن الرجوع الى العرف من جانب محكمة النقض رجوعاً اليه بوصفه مصدراً رسمياً منشأ لجريمة أو نارضا لمعقوبة ، وانما كان بوصفه مجرد مصدر تفسيري تستعين به على فهم مضمون النص التشريعى الموجود اصلاً (انظر كتابنا سالف الفكر ، هلبش ٢١ ص ٣٦٢-٣٦٢) .

الشخصية . فهي الشريعة ذات الولاية العامة في هذا النطاق بالنسبة الى المصريين جميعا على اختلاف عقائدهم الدينية ، فلا يخرج عن ولايتها العامة في هذا الشأن الا بعض مسائل محدودة تدخل استثناء في ولاية الشرائع الدينية الاخرى .

ولم يكن للشريعة الاسلامية اعتبار آخر بين المصادر الرسمية للقانون المصرى فيما وراء هذا النطاق . غير أن المشرع المصرى — وفاء منه بحق هذه الشريعة التى ظلت طوال قرون عديدة شريعة البلاد الاولى — انتهى الى اعتبارها في التقنين المدنى الحالى ضمن المصادر الرسمية الاحتياطية التى تكمل نقص التشريع ووضعها في المرتبة الثانية من هذه المصادر بعد المرف (١) ، اذ قضى بأنه « اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى المرف » فاذا لم يوجد قيمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية .. » (م ٢/١) .

وعلى هذا النحو ، تعتبر الشريعة الاسلامية — فيما عدا النطاق المتروك اصلا لولاية الدين — مصدرا رسميا تكميلا يأتى في المرتبة التالية للمرف ، وذلك بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين على السواء ، بمعنى أنه عند عدم وجود نص في التشريع يلجأ القاضى أولا الى المرف ، فان لم يجد لجأ بعد ذلك الى مبادئ الشريعة الاسلامية (٢). والمقصود بذلك هو مبادئ هذه الشريعة

(١) رغم أن التقنين المدنى السورى اخذ من التقنين المدنى المصرى اعتبار مبادئ الشريعة الاسلامية ضمن المصادر الرسمية الاحتياطية ، الا أنه خالفه في تحديد مكانها بين هذه المصادر اذ جعلها مقدمة على المرف لا تالية له (م ٢/١) . ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء السوريين الى أن ذلك لا يؤثر على قيمة المرف ومكانته كمصدر رسمى مباشر بعد التشريع ، لان مبادئ الشريعة الاسلامية أصبحت من أعراف البلاد (انظر : عدنان القوتلى ، الوجيز في الحقوق المدنية ، الجزء الاول ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦٠ ، متن ومجلس ١٥١ ص ٢٢٦ و ٢٢٧ ، و ص ٢٤٥) . ولكن من الواضح ما في هذا التخرج ، رغم مهارته ، من خروج على النص وعلى قصد المشرع السورى .

(٢) فالرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية برهون بعدم وجود نص في التشريع أو قاعدة في المرف . لذلك انتقد بحق الراى القائل . (شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين المعنى ، فقرة ٩٢) باعتبار بيع ملك الغير عقدا موقوفا وفاقا لمبادئ الشريعة الاسلامية ، لوجود نص تشريعى صريح في التقنين المدنى المصرى (م ٤٦٦) يجعل هذا البيع عقدا قابلا للإبطال ، مما يضمن معه أعمال هذا النص دون رجوع الى المرف ولا الى مبادئ الشريعة الاسلامية من باب اولى (في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط في شرح الفاتون المدنى ، الجزء الرابع ، البيع والمقايضة ، ١٩٦٠ ، فقرة ١٥٧ ، ص ٨١) .

وأصولها الكلية وحدها التى لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التى تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء (١)، على أن يكون مفهوما وجوب عدم تعارض مبادئ الشريعة الإسلامية المتأخذونها مع المبادئ العامة الأساسية للقانون المصرى الوضعى الحالى (٢)، لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادرها وامتناع تناقضها (٣).

وإذا كان المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحالى قد جعل من مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا يجب على القاضى الرجوع إليه بعد العرف وقبل الالتجاء إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، وكان ذلك حقيقيا بإيجاد مجال لتطبيق الشريعة الإسلامية (٤) مما قد يكون له أثره فى انهاض الفقه الإسلامى وأحيائه (٥)، بعد أن طال سباته منذ أفتال باب الاجتهاد، فينبغى أن يراعى — رغم ذلك — أن الالتجاء إلى الشريعة الإسلامية لن يتأتى فى العمل إلا نادرا • ذلك أن التشريع — وهو المصدر الرسمى الأول للقانون المصرى — قد غدا فى العصر الحديث غزير الانتاج وسريعه على

(١) كان نص المشروع النهائى للمادة ٢/١ من التقنين المدنى يقضى بأن يكون رجوع القاضى إلى مبادئ الشريعة الإسلامية « دون تعيد بمذهب معين ». ولكن اعترض على ذلك فى لجنة مجلس الشيوخ المؤلفة لبحث المشروع، لما تستتبعه هذه العبارة من اضطراب فى الأحكام لاختلاف المذاهب الإسلامية اختلافاً بينا فيما بينها • وانتهت اللجنة إلى حذف هذه العبارة، أخذاً بأن المقصود هو الرجوع إلى المبادئ الكلية لهذه الشريعة دون حلولها التفصيلية، وهذه المبادئ الكلية لا تخلف باختلاف المذاهب الفقهية الإسلامية (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج ١، ص ١٩٠).

(٢) كان نص المشروع النهائى للمادة ٢/١ من التقنين المدنى المصرى يقضى بأن يكون رجوع القاضى إلى مبادئ الشريعة الإسلامية « الأكثر ملائمة لقصوص هذا القانون ». ولكن اعترض على ذلك بأن التعارض بين مبادئ الشريعة الإسلامية وبين نصوص القانون لن يحدث، لأن الشريعة الإسلامية لن تطبق إلا حيث لا يوجد نص، ولن يطبق منها إلا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية • وانتهى الأمر إلى حذف هذه العبارة، لأن حكمها مفهوم فى حدود فكرة الملازمة (الرجع السابق، ص ١٩١ و ١٩٢).

(٣) فى هذا المضى :

عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ١، ص ٤٩.

(٤) من ذلك إمكان الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية فى اعتبار التصرف الذى يعقده الوكيل مجاوزاً فى ذلك حدود وكالته تصرفاً موثقاً، إذ لا يوجد نص تشريعى يمنع من ذلك (عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ٤، فقرة ١٥٧، ص ٨١). وكذلك الشأن فى مجاوزة الولى بالمعنى الواسع حدود ولايته على مال محبى الأهلية ونقلها.

(٥) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ١، ص ٤٨.

السواء ، مما لا يدع مجالاً كبيراً للالتجاء الى العرف وهو المصدر الذى يليه فى الترتيب مع أنه مصدر حى معاصر للجماعة ومتجاوب مع تطورها، وبالتالي ومن باب أولى لا يكاد يترك فرصة للمصدر الذى يلى العرف فى المرتبة وهو مبادئ الشريعة الاسلامية ، وخاصة فى وضعها الراهن الذى ثبتت عليه دون تطور منذ قرون عديدة نتيجة اقفال باب الاجتهاد فيها . هذا فضلا عما قد يكون هنالك من تعارض بين بعض مبادئ هذه الشريعة وبين المبادئ العامة للقانون الوضعى المصرى الحالى .

الفَصْعُ الْإِشَانِي

تطبيع القاعدة القانونية

مقدمة

١٦٦ - السلطة القضائية تقوم على تطبيق القانون

إذا تكررت القاعدة القانونية على التفصيل السابق بيانه ، فيبقى تطبيقها فى العمل ، والسلطة القضائية المثلة فى المحاكم هى التى تختص بمثل هذا التطبيق. وتعنى الدساتير عادة بالنص خاصة على استقلال هذه السلطة ، بما يضمن توفير حرية التقدير للقضاة ، دون سلطان عليهم فى ذلك لفسر القانون وضماثرهم .

وقد عرفت مصر نظام تعدد الجهات القضائية نظرا لظروف تاريخية وتقليدية معينة . فالظروف التاريخية التى ولدت الامتيازات الاجنبية فيها منذ تبعية الدولة العثمانية (١) ، جعلت اول الامر مقاضاة الاجانب التابعين للدول ذات الامتياز طبقا لقوانين بلادهم وامام محاكمهم القنصلية ، ثم انشئت بعد ذلك «المحاكم المختلطة» سنة ١٨٧٥ للنظر فى المنازعات ذات الصالح الاجنبى. ورغم أن هذه المحاكم كانت تستند الى السيادة الوطنية للدولة وتحكم باسمها وتطبق قوانينها ، الا أنها كانت تمثل انتقاصا من الاستقلال الحقيقى للدولة ، وتعكس بذلك على الصعيد القضائى صورة الاحتلال الاجنبى على الصعيد السياسى. وكذلك فان الظروف التقليدية التى ولدت الامتيازات الطائفية (٢)

(١) انظر فى تاريخ نظام الامتيازات الاجنبية وتطوره فى مصر :
حامد زكى ، اصول القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثالثة ، ١٩٤٤ ،قرة ٤٠٨ وما بعدها .
— محمد عبد المنعم رياض ، مبادئ القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، قرة ٢٥٢ وما بعدها .

(٢) راجع فى اصل وتطور نظام الامتيازات الطائفية فى مصر :
Hassan Boghdadi, Origine et technique de la distinction des statuts personnel et réel en Egypte (Etude de droit comparé), Thèse, Le Caire, 1937.

حسن بغدادى ، الاختصاص التمييزى والقضائى بالنسبة لوارث غير المسلمين ووصاياهم ،
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والانتصافية ، السنة الاولى ، المجلد الثالث ، ص ٦١٢
وما بعدها .

للطوائف الدينية غير الاسلامية ، اوجدت الى جانب المحاكم العادية محاكم دينية متعددة تبعا لتعدد الاديان والمذاهب والملل الطائفية ، بكل ما يحمله ذلك من معنى الانقسام الطائفي بين الوطنيين انفسهم في شأن مسائل الاحوال الشخصية خاصة (١) .

وقد نجح المشرع المصري في التخلص من هذا التعدد القضائي المعيب في الحالتين . فتم له أولا إلغاء المحاكم المختلطة منذ ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ (٢) . ثم استكمل أخيرا الشق الباقي ، فألغى المحاكم الشرعية والمجالس المالية والطائفية المتعددة وأحال اختصاصها الى المحاكم العادية ، بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وبذلك تم توحيد جهة القضاء العادى ، دون نظر الى اختلاف الجنسية أو الى اختلاف العقيدة الدينية (٣) .

غير أن المشرع المصري ، بإنشائه مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، خلق — الى جوار جهة القضاء العادى — جهة قضاء ادارى مستقلة تتخصص بالفصل في المنازعات الادارية . ورغم ما يعنيه ذلك من ازدواج الجهة القضائية في الدولة ، الا أنه ازدواج مفهوم ومبرر لانبثاقه على أسس موضوعية ، اذ تتميز المنازعات الادارية — عن بقية المنازعات الاخرى العادية — بطبيعة خاصة مستقلة تستدعى تخصيصها بجهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادى .

١٦٧ — جهة القضاء العادى

تعتبر هذه الجهة هى جهة القضاء ذات الولاية والاختصاص العام، الذى يشمل فى الاصل بالنسبة للجميع كل المسائل والمنازعات ، فيما عدا ما يستثنى بنص خاص . وفى اعلى السلم المتدرج لمحاكم هذه الجهة توجد محكمة النقض ،

(١) وذلك ليس بحسب فيما يتعلق بالمحاكم التى يتقاضون امددا ، بل وكذلك فيما يتعلق بالقواعد القانونية التى يخضعون لها اذ كان متعدها هذه القواعد وتختلف تبعا للتعدد والاختلاف الطائفي على ما سبق البيان .

(٢) كانت اتفاقية « منترو » الموقعة بين مصر والدول صاحبات الابدان سنة ١٩٣٧ هى التى مهدت لانتهاء الامتيازات فى مصر من الناحيتين التشريعية والقضائية .

(٣) صاحب هذا التوحيد القضائي توحيد فى القانون المطبق بين الوطنيين والاجانب بالفناء التقنيات المختلطة المختلفة ، ولكن ظل التعدد قائما — امام المحاكم العادية صاحبة الاختصاص القضائي الوحيد اليوم — فى شأن القواعد القانونية التى تحكم بعض مسائل الاحوال الشخصية والتى تختلف باختلاف العقائد الدينية كما سبق البيان .

ومن تحتها تتدرج المحاكم نزولا الى محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية والمحاكم الجزئية .

(١) **محكمة النقض** : هي المحكمة العليا التي تسهر على صحة تطبيق المحاكم للقانون . ولذلك فمراقبتها لاحكام المحاكم لا تنصرف الى ما تثبته هذه الاحكام من وقائع النزاع ، وانما الى كيفية تطبيق هذه الاحكام للقانون وانزالها على هذه الوقائع . فاذا رأت التطبيق سليما ، أبدت الحكم المطعون فيه امامها وأبرمته . واذا رآته غير سليم ، فالاصل — فيما عدا استثناءات قليلة — ان محكمة النقض تحيل النزاع الى دائرة اخرى في نفس درجة المحكمة الصادر عنها الحكم المنقوض لتفصل فيه من جديد (١) .

(٢) **محاكم الاستئناف** : لهذه المحاكم صفتان : صفتها كمحاكم درجة أولى ، وصفنها كمحاكم درجة ثانية . فبصفتها محاكم درجة أولى ، تنظر ابتداء في قضايا الجنايات في الاصل ، وهي أخطر أنواع الجرائم ، ولذلك تعرف خاصة بهذه الصفة باسم محاكم الجنايات ، ولكنها قد تنظر كذلك في بعض الجنح الهامة التي يدخلها المشرع استثناء في اختصاصها مثل الجنح التي تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر عدا المصرة بأفراد الناس . وبصفتها محاكم درجة ثانية ، تنظر في الطعون المقدمة في الاحكام الصادرة من محاكم الدرجة الاولى الأدنى منها في المرتبة في المنازعات التي تمثل نوعا من الاهمية طبقا لما يحدده القانون . وإيا كانت الصفة التي تنظر بمقتضاها محاكم الاستئناف في القضايا ، فانها تؤلف من ثلاثة من المستشارين .

(٣) **المحاكم الابتدائية** : تنظر هذه المحاكم بصفتها محاكم درجة أولى في غير المسائل الجنائية في القضايا كبيرة الاهمية التي تجاوزت قيمتها النصاب المقرر لاختصاص المحاكم الجزئية . وبالإضافة الى ذلك ، تقوم هذه المحاكم — سواء في المسائل الجنائية أو غير الجنائية — بدور محاكم الدرجة الثانية ،

(١) م ٢٦٩ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

فتنظر في الطعون المرفوعة اليها في بعض الاحكام الصادرة من المحاكم الجزئية ، وتصدر احكام المحاكم الابتدائية من ثلاثة قضاة .

(٤) **المحاكم الجزئية** : على خلاف الحال بالنسبة لدرجات المحاكم الاخرى السالفة ، تصدر الاحكام من المحاكم الجزئية من قاض واحد . وتنظر هذه المحاكم — في غير المسائل الجنائية — في القضايا قليلة الاهمية التي لاتجاوز قيمتها نصبا معيناً قدره مائتان وخمسون جنيهها ، أو في قضايا محددة محصورة يعينها القانون . أما في المسائل الجنائية ، فتختص بالنظر في « المخالفات » و « الجنح » في الاصل (١) .

١٦٨ — جهة القضاء الإداري

يمثل جهة القضاء الإداري في مصر القسم القضائي في مجلس الدولة الذي يشمل المحاكم الإدارية. وأعلاه « المحكمة الإدارية العليا »، التي يكاد يماثل اختصاصها — بالنسبة للمحاكم الإدارية الأخرى — اختصاص محكمة النقض بالنسبة للمحاكم العادية. وأدنى منها توجد « محكمة القضاء الإداري » ، ثم المحاكم الإدارية . وولاية محاكم جهة القضاء الإداري مجرد ولاية خاصة قاصرة على ماتخضعه لها القوانين من مسائل محددة — تشمل مع ذلك أهم أنواع المنازعات الإدارية — انتزاعاً من الولاية القضائية العامة الثابتة أصلاً لجهة القضاء العادي (٢) .

١٦٩ — حل النزاع بين جهات القضاء المتعددة

من المحتوم — وجهة القضاء مزدوجة في مصر على النحو السالف بيانه — وقوع تنازع بين الجهتين على الاختصاص، سواء كان تنازعا إيجابيا أو سلبيا. لذلك يعنى المشرع — مواجهة لهذا التنازع — بإيجاد محكمة صالحة للنظر فيه وحله. وهذه المحكمة هي المسماة اليوم « محكمة تنازع الاختصاص » وتؤلف

(١) استثناء من هذا الأصل ، تختص المحاكم الجزئية بالنظر في الجنايات التي يمكن القضاء فيها بمقوبة الجنحة كما إذا اقتصرت بأحد الأعداء القانونية أو لابتستها ظروف الرافة .

(٢) محمد نؤاد منها ، دروس القانون الإداري ، ج ٣ ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة ١٩٥٧ ، ص ١٠٢ و ١٠٣ .

من رئيس محكمة النقض أو أحد نوابه عند الضرورة رئيسا ، ومن ستة من المستشارين : ثلاثة منهم من مستشارى محكمة النقض ، والثلاثة الآخرون من مستشارى المحكمة الإدارية العليا ، على أن تختار الجمعية العمومية لكل من المحكمتين سنويا العدد المحدد من مستشاريها (١) .

١٧٠ — منهج البحث

يثر البحث في تطبيق القاعدة القانونية مسألتين رئيسيتين : الأولى تعيين نطاق هذا التطبيق ، أى تعيين مدى سريان القاعدة القانونية . والثانية تفسير القاعدة القانونية تفسيرا يفصح عن معنى الحكم الذى تتضمنه .

ولذلك نقسم هذا الفرع الى بابين *

الباب الاول — فى مدى سريان القاعدة القانونية .

الباب الثانى — فى تفسير القاعدة القانونية .

(١) م ١٨ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ .

الباب الأول

مدى سريان القاعدة القانونية

١٧١ — تمهيد وتقسيم

أول ما يعرض عند تطبيق القاعدة القانونية ، هو وجوب تعيين نطاق هذا التطبيق بتحديد المدى الذى يبلغه سريانها • ومدى سريان القاعدة القانونية انما يتحدد بالنظر الى أمور ثلاثة :

الأول — تحديد هذا المدى بالنسبة الى المخاطبين بأحكام القاعدة القانونية، وذلك بالتساؤل عما اذا كانت هذه القاعدة تسرى فى حق جميع هؤلاء المخاطبين دون استثناء أم يقال بعضهم من الخضوع لاحكامها بدعوى الجهل بها •

والثانى — تحديد هذا المدى من حيث المكان الذى تسرى فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عما اذا كان مكان سريان هذه القاعدة هو الاقليم الصادرة والنافذة فيه أم محل وجود الاشخاص الموضوعه من أجلهم هذه القاعدة سواء كان هو هذا الاقليم أو خارجه •

والثالث — تحديد هذا المدى من حيث الزمان الذى تسرى فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عن كيفية وتاريخ انتهاء سريانها ، وطريقة حل التنازع الناشئ عن تعاقب القواعد القانونية فى الزمان •

فنعرض لكل من هذه الامور الثلاثة على التوالى فى فصل على حدة •

الفصل الأول

مدى سريان القاعدة القانونية

في حق المخاطبين بأحكامها

١٧٢ — مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون (١)

إذا تكونت القاعدة القانونية ، فخرجت عن مصدر من المصادر الرسمية ،
نهى تسرى في حق المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، بمعنى أنها تطبق على
كافة من تتوجه اليهم من أشخاص ، فلا يعفى واحد منهم من الخضوع
لأحكامها . ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعروف : « لا يفترض في أحد الجهل
بالقانون » (Nul n'est censé ignorer la loi) ، أى لا عذر بجهل
القانون ، فلا يقبل من أى كان الاحتجاج بجهله حكم قاعدة قانونية ليفلت
من انطباقها عليه وسريانها في حقه . فجهل القاعدة القانونية لا يصلح إذن
عذرا يمنع أو يعفى من انطباقها على أحد ، فهي تسرى في حق جميع المخاطبين
بأحكامها ، من علم بها ومن جهلها على السواء .

١٧٣ — أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

يؤسس بعض الفقهاء مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على أساس وجود

(١) راجع في ذلك بخاتمة :

Dereux, Etude critique de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi », Revue trimestrielle de droit civil, t. VIII, 1907, pp. 513-554.

وكتابنا « أصول القانون » ، فترات ١٧٧ - ١٧٩ ، ص ٢٧٦ - ٢٨٥ .

قرينة على علم الافراد به (١) . ولكن مثل هذا الاساس غير مقبول ، اذ القرائن القانونية — كما سبق البيان — انها تقوم على حمل الامر المشكوك فيه محمل الغالب والمألوف فى العمل بشأته ، وليس الغالب فى العمل ولا المألوف فيه هو علم الافراد بالقواعد القانونية بل الغالب هو جهلهم بها .

ولعل قواعد العدل هي خير ما يؤسس عليه هذا المبدأ . فالعدل الخاص يتطلب المساواة التامة فى معاملة المخاطبين بأحكام القواعد القانونية ، فلا يفرق بينهم فى وجوب الخضوع لها أو يعفى بعضهم من التقيد بها . وهذه المساواة أمام القانون تحقق كذلك العدل العام والصالح العام بما تؤكد من سيادة النظام والقانون فى المجتمع، اذ لو أبيع الاعتذار بجهل القانون للاغلات من أحكامه ، لما أتيح حينئذ تطبيق القانون الا فى القليل النادر حيث يعلم الناس بأحكامه ، واذن لساندت الفوضى وضاع الامن وتقوض النظام فى المجتمع . فضلا عن أن قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونية فيه نفى لصفة الإلزام عنها ، اذ يجعل مناط الزامها هو توافر العلم بها ، بينما القاعدة القانونية تتميز قبل كل شيء بما لها من الزام ذاتى ينبعث منها ومن وجودها هي لا من عامل خارجي عنها كالعلم بها (٢) . والواقع أن القاعدة القانونية — بما تقر من الزام بمضمونها — تنطوى كذلك على معنى الإلزام بالعلم بها من وقت نفاذها .

١٧٤ — مدى مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

(١) اطلاق هذا المبدأ بالنسبة الى القواعد القانونية على اختلاف مصادرها : سبق البيان ، عند تفصيل القول فى التشريع ، أن نشره فى

(١) انظر خلاصة :

ميد الرزاق السنهورى وحسبت أبو ستيت ، فقرة ١٣٣ — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرات ١٠٢ و ١٠٣ ، — سليمان مرقس ، فقرات ٨٧ و ٨٨ — محمد على امام ، فقرة ١٠٢ .

(٢) قرب من ذلك :

Riprt eu Boulanger, op. cit, t. I, No. 12. — Decottignies, L'erreur de droit, Revue trimestrielle de droit civil, 50ème année, 1951, p. 309.

الجريدة الرسمية وفوات الميعاد الذى يبدأ منه نفاذه ، يفترض معه علم الكافة باحكامه ، فلا يقبل اعتذار احد بجهلها .

ولكن مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ليس قاصرا على التشريع فحسب ، بل هو ينسحب كذلك على كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها الرسمى . فالقواعد العرفية والدينية السائدة ، يمتنع الاعتذار كذلك بجهلها ، كما يمتنع الاعتذار بجهل القواعد التشريعية سواء بسواء . بل لقد قلنا ، فى صدد الكلام عن العرف ، ان من بين نتائج تمييزه عن العادة أن العادة يجوز الاحتجاج بجهلها لانه لا الزام لها الا بارادة المتعاقدين ، وجهل أحدهما أو كليهما بها يمنع من وجود هذه الارادة ، بينما العرف — باعتباره قاعدة قانونية — لا يجوز الاحتجاج بجهله للاغلات من الخضوع لحكمه (١) .

(٢) اطلاق هذا المبدأ بالنسبة الى القواعد الامرة والقواعد المكملة على

السواء : يقصر أغلب الفقهاء العمل بمبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على القواعد القانونية الامرة أى على القواعد المتعلقة بالنظام العام والادابدون القواعد المكملة (٢) . بل أن منهم من يقصر العمل به على البعض فقط من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والاداب ، كالقوانين الجنائية خاصة (٣) ، أما ما عداها من بقية القواعد الامرة وكل القواعد المكملة فيجوز عندهم الاعتذار بجهلها .

ولسنا نرى ما يبرر هذه التفرقة ، اذ ما دامت القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

(١) انظر سابقا ، ص ٢٦٨ .

(٢) انظر خامسة :

Demogue, *Traité des obligations en général*, t. I, No. 246. —
Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. I, VI, Obligations, par Esmein, 2ème éd. 1952, No. 181.

عبد الرزاق السنهورى : نظرية العقد ، ١٩٣٤ ، مقرة ٣٧٣ ، الوسيط ، الجزء الاول مقرة ١٧٤ — عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، مقرة ١٢٣ .

(٣) سليمان مرقس ، مقرة ٨٨ .

وانظر كذلك فى نفس المعنى : المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ١٥٩ .

فلا ينبغي الاحتجاج بجهلها للافلات من الخضوع لحكمها ، لان الالتزام بمضمونها ينطوى على معنى الالتزام بالعلم بهذا المضمون كما سبقت الإشارة . وغنى عن البيان أن صفة الالتزام متوافرة للقواعد الامرة والقواعد المكملة على السواء ، فالملم بها يكون واجبا لا يمكن التحلل منه بالنسبة اليها جميعا دون تفريق .

فضلا عن أن القول باباحة الاعتذار بجهل القواعد المكملة لا يستقيم مع طبيعة هذه القواعد من كونها لا تطبق الا فى حال سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ، اذ قد يكون سكوتها عن جهل منها بأحكامها ، ومع ذلك تلزمها هذه الاحكام ، لانه بهذا السكوت يتحقق شرط انطباقها فى حقها . فلو قيل بإمكان الاعتذار بجهل القواعد المكملة ، لما وجدت هذه القواعد اذن مجالا كبيرا للتطبيق ، لانها لا تطبق الا عند سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ، فيستطيع من له مصلحة منهما فى عدم تطبيقها أن يدفع بجهلها بأحكامها ويفسر السكوت على هذا الاساس . وحينئذ نوجد أمام فراغ ماوجدت القواعد المكملة الا لسهه، اذ لا توجد ارادة للمتعاقدين من ناحية ، ويمتنع تطبيق القواعد المكملة من ناحية أخرى .

١٧٥ - الاستثناء من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

من المسلم عند جمهور الفقهاء (١) الاستثناء من هذا المبدأ، بلجاجة الاعتذار بجهل القانون فى حال قيام قوة القاهرة - كفيضان أو احتلال أجنبى - تعزل بعض المناطق فى الدولة عزلا تاما يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية اليها . وأيا كان الراى فى هذا الاستثناء وتبريره، فهو من ناحية نادر التحقق اليوم أمام تقدم وسائل المواصلات وخاصة بالطائرات ، وهو من ناحية أخرى قاصر على القواعد التشريعية اذ هى وحدها التى تنشر فى الجريدة الرسمية وتعتبر معلومة للناس بهذا النشر .

(١) انظر كذلك : نقض ٨ أبريل ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، ص ١٦ ع ٢

ويضيف بعض الفقهاء الى هذا الاستثناء المسلم استثناءين آخرين : الاول خاص بحالة ابطال العقد لغلط في القانون ، والثانى خاص بحالة ارتفاع المسؤولية الجنائية عند الجهل بقوانين غير جنائية تكون العقوبة الجنائية مؤسمة عليها . غير أن هاتين الحالتين لاتمثلان استثناءات حقيقية من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ، وذلك على النحو الذى نبينه فيما يلى :

(١) **ابطال العقد لغلط في القانون ليس استثناء من المبدأ** : يذهب بعض الفقهاء الى أن ثم استثناء يرد على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » ، هو امكان ابطال العقد نتيجة ما وقع فيه أحد المتعاقدين من « غلط في القانون » (١) . فقد ظنوا أن فى اجازة ابطال العقد لما وقع فيه المتعاقد من غلط فى القانون (٢) خروجاً على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بقبول الاعتذار بالوقوع فى هذا الغلط (٣) . فالوارث مثلاً الذى يبيع حصته فى التركة على اعتقاده أنها الربع فى حين أن له نصف التركة طبقاً لقواعد الميراث ، يكون له حق ابطال عقد البيع الذى شاب ارادته فى قدر الشيء المباع .

والواقع أن هذا الظن خاطئ ، فليس فى ابطال العقد لغلط فى القانون فى الامثلة التى يضرّبونها أى استثناء من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون »

(١) فى هذا المعنى :

Planioi, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 128me éd. 1935, No. 238.

محمد كامل مرسى ، شرح القانون المدنى الجديد ، الباب التمهيدى ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٦ ، ص ٤٦ .

(٢) يسمّى المشرع فى المبدأ بين « الغلط فى القانون » وبين « الغلط فى الواقع » من حيث امكان ابطال العقد بسببه (م ١٢٢ مدنى) . ولكن استثناء من هذا المبدأ ، لايجوز المشرع الظن فى عقد الصلح بسبب غلط فى القانون (م ٥٥٦ مدنى) .

(٣) ويبرر بعض الفقهاء هذا الخروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بأن نطاق تطبيق هذا المبدأ يجب أن يقتصر على الاحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام وحدها . أما اذا كان الجهل أو الغلط وارداً على قاعدة قانونية غير متعلقة بالنظام العام فبممكن الاحتجاج والتبسك به لطلب ابطال العقد الذى أبرم نتيجة هذا الغلط . (انظر : Baudry - Lacantinerie et Barde, op. cit., No. 69, p. 109. — Demogue, op. cit., t. I, No. 246, p. 405.

عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد ، فقرة ٣٧٢ ، الوسيط ، الجزء الاول ، فقرة ١٧٤ ، ص ٣٠٦ و ٣٠٧ — محمد على مرمه ، ص ٧٦) . ولكن الامثلة التى تضرب فى هذا الصدد ويجوز فيها ابطال العقد لغلط فى القانون ، يرد الغلط فى اغلبها على قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام (نظر فى هذه الامثلة خاصة : Demogue, op. cit., No. 246, pp. 406 : عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد ، فقرة ٣٧٤) .

أو خروج عليه . ذلك أن مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » انما يعنى أنه لايمكن منع تطبيق القانون بحجة الجهل به، فهو يطبق على الجميع دون تفریق أى حتى على من يجهله . وبعبارة أخرى ، فالمقصود بهذا المبدأ الدلالة على أنه حيث يجب تطبيق قاعدة معينة ، فلا يمكن منع انطباقها على من يجب سريانها في حقه بحجة جهله بأحكامها (١) . ومادام هذا هو مضمون المبدأ ومعناه ، فالاستثناء منه لا يتصور اذن الا باعفاء من يجهل حكم قاعدة قانونية معينة من واجب الخضوع لها ، أى بمنع سريانها عليه . ومن هنا لا يكون فى اعطاء المتعاقدين الواقع فى غلط فى القانون حق طلب ابطال العقد الذى اندفع الى ابرامه تحت تأثير الغلط ، أى استثناء أو خروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » ، الا اذا كان فى هذا الإبطال منع لسريان القاعدة القانونية الوارد عليها الغلط فى حق المتعاقدين الواقع فى الغلط بشأنها . وليس الحال كذلك فى المثل المضروب . فالوارث الذى يجهل قواعد الميراث ويقع فى غلط فى قدر الحصة التى تفرضها له ، ثم يطلب ابطال عقد البيع الذى اندفع الى ابرامه تحت تأثير هذا الغلط ، لا يتوصل بالحصول على الإبطال الى منع سريان قواعد الميراث فى حقه ، فهى تظل سارية فى حقه رغم جهله بأحكامها . ولولا أن هذه القواعد تعتبر سارية فى حقه فيكون له نصف التركة ، لما دعا الامر الى تمكينه من ابطال بيع حصته الذى اندفع اليه على اعتبار أنها الربع فقط .

ولكن اذا عرضت فروض أخرى ، تحقق فيها غلط أحد المتعاقدين فى حكم قاعدة قانونية ، وكان من شأن تمكينه من المطالبة بابطال العقد لهذا الغلط استبعاد تطبيق تلك القاعدة عليه ، فيجب حينئذ حرمانه من طلب الإبطال لهذا السبب ، والا انتهى الامر الى تمكينه من التحجج بجهله للافلات من انطباق القاعدة عليه ، بما يعنى خرق مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » وهو ما لا يجوز . ولذلك لا يجوز للمقرض طلب ابطال عقد القرض المعقود بفائدة تجاوز

(١) فى هذا المعنى :

Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol*, t. II, 2ème éd., 1947, No. 206.

(م ٢٠ — المدخل الى القانون)

الحد الاقصى المشروع للفائدة الاتفاكية بناء على غلطه فيحكم القاعدة المقررة لهذا الحد ، بل يبقى العقد قائما وصحيحا ولكن مع انزال الفائدة الفاحشة المتفق عليها الى الحد الاقصى المشروع (١) . وكذلك لايجوز للمؤجر طالب ابطال عقد الايجار المعقود بأجرة تجاوز الحد الاقصى الذي قرره القانون بناء على غلطة في حكم القانون هذا الشأن ، بل يبقى العقد قائما وصحيحا ولكن مع انقاص الاجرة المتفق عليها الى حدها الاقصى المقرر (٢) .

(٢) امتناع المسؤولية الجنائية في حالة الجهل بقوانين غير جنائية تؤسس عليها العقوبة ليس استثناء من المبدأ ، يذهب القضاء الجنائي الفرنسي الى أن الجهل بأحكام قانون غير جنائي تكون العقوبة مؤسمة عليه ينهض عن ذرا للمتهم فيرفع عنه المسؤولية الجنائية . ولذلك قضى بعدم عقاب من عثر على كنز في أرض الغير فاستولى عليه كله لنفسه ، جاهلا حكم القانون المدني الفرنسي الذي يملكه نصفه ومالك الأرض النصف الآخر مما يجعله مختلسا نصيب هذا الأخير (٣) .

غير أن ارتفاع المسؤولية الجنائية نتيجة الجهل بحكم قانون غير جنائي تكون العقوبة مؤسمة عليه ، لايمثل استثناء حقيقيا من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون . إذ من ناحية ، لن يؤدي منع العقاب الجنائي نتيجة هذا الجهل الى منع تطبيق القاعدة القانونية غير الجنائية على من وقع في الغلط بشأنها ، بل تظل هذه القاعدة رغم ذلك سارية في حقه ومطبقة عليه . ومن ناحية أخرى ، غارتفاع المسؤولية الجنائية وامتناع العقاب هنا ليس في الحقيقة الا نتيجة انتفاء القصد الجنائي وهو ركن اساسي من أركان الجريمة ، إذ لايتحقق هذا

(١) في هذا المعنى :

اسماعيل غاتم ، في النظرية العامة للالتزام — مصادر الالتزام ، ج ١ ، العقد والارادة المنفردة ، ١٩٦٦ ، مقرة ١٠٢ ، ص ٢٠٤ . — عبد النعم البدراوى ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٦ ، مقرة ١٣٣ ، ص ٢٠١ و ٢٠٢ .

(٢) في هذا المعنى :

اسماعيل غاتم ، الموضع السابق .

(٣) انظر في هذا القضاء :

Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3ème éd., 1947, No. 139.

القصد هنا الا بالعلم بحكم قاعدة معينة غير جنائية ، وما دام مرتكب الجريمة
يجهل هذا الحكم فلا يتوافر عنده حينئذ القصد الجنائي الى ارتكابها (١) .
والخلاصة مما تقدم ، أنه لا يوجد استثناء حقيقى من مبدأ امتناع الاعتذار
بجهل القانون الا استثناء وحيد ، هو ذلك المنحصر فى قيام قوة قاهرة تحول
دون وصول الجريمة الرسمية الى بعض المناطق فى الدولة .

(١) وهذا ما بصرت به محكمة النقض المصرية فيما قضت به من أنه حيث « ان الزوجين
اذ اتفقا على الزواج ، لم يكونا عالمين بتحريم الجمع بين المرأة وابنة اختها ، شأنها فى ذلك
شأن شاهدى العقد ... وحيث أنه وقد انتفى القصد الجنائى (فى جريمة التزوير) لما تقدم
ببيانه ، تكون التهمة على غير اساس ويتمين براءة المتهمين منها (نقض ١٠ مايو ١٩٤٣ ،
مجموعة عبر (جنائى) ، ج ٦ ، رقم ١٨١ ، ص ٢٤٧) .

انظر فى تأييد هذا الحكم : كتابنا مآلف الفكر ، عاشر « ١ » ، ص ٢٧٦ — ٢٨١ .
ولسكن قارن :

السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العلية فى قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ٢٨٧ . —
محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العلية للجريمة ،
١٩٦٢ ، فقرة ٧٢٩ ، ص ٧٢٥ .

الفصل الثاني

مدى سريان القاعدة القانونية في المكان

١٧٦ - مشكلة السريان المكاني

إذا وقفنا على أن القاعدة القانونية تتوجه الى جميع المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، فلا يتمتع سريانها في حق أحدهم بحجة الجهل بها ، فيبقى بعد ذلك أن نحدد المدى المكاني لهذا السريان

وتحديد المدى المكاني لسريان القاعدة القانونية لا يثير أى صعاب في نطاق جماعة منعزلة لا يوجد في اقليمها الا المنتمون اليها دون الاجانب ولا يوجد أحد من المنتمين اليها خارج اقليمها ، ولا تقوم علاقات بين المنتمين اليها وبين الاجانب ، اذ يسرى حينئذ قانون هذه الجماعة وحده في حدود اقليمها دون أن ينازعه في السريان أى قانون آخر .

غير أن مثل هذا الفرض لم يعد اليوم الا فرضا وهميا يكاد يستحيل تحقيقه في العمل ، أمام انتشار المدنية وازدياد العلاقات بين الافراد في مختلف الدول ، بل ووجود طائفة من الاجانب في اقليم كل دولة - فحينئذ يقوم التساؤل عما اذا كان قانون الدولة يسرى في كل اقليمها بحيث يكون له مطلق السلطان في حق الوطنيين والاجانب المقيمين في هذا الاقليم على السواء ، أم يقتصر سلطانه وسريانه على الوطنيين وحدهم فلا يمتد الى الاجانب الذين يظلون خاضعين لقوانين دولهم ؟ . وكذلك يقوم التساؤل عما اذا كان قانون الدولة يسرى في حق الوطنيين المقيمين خارج الاقليم فيتبعمهم في أى مكان يوجدون ، أم يقف سلطانه وسريانه عند حدود الاقليم فلا يمتد اليهم وانما يسرى عليهم قانون الدولة المقيمين أو الموجودين فيها ؟ .

والاجابة على هذا التساؤل تتراوح كما هو واضح بين مبدئين : مبدأ
الاقليمية حيث يتحدد سريان القانون باقليم الدولة النافذ فيها دون نظر الى
جنسية الاشخاص المقيمين فيه ، ومبدأ الشخصية حيث يتحدد سريان القانون
بجنسية الاشخاص التابعين للدولة النافذ فيها دون نظر الى مكان وجودهم هل
هو داخل اقليم الدولة أو خارجه .

١٧٧ — مبدأ الاقليمية ومبدأ الشخصية في سريان القاعدة القانونية(١):

قلنا أن سريان القاعدة القانونية اما سريان اقليمى واما سريان شخصى .
اما السريان الاقليمى للقاعدة القانونية وهو ما يعبر عنه بمبدأ اقليمية
القانون (Territorialité de la loi) فيقتضيه — من ناحية — سريان
القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل حدود الاقليم وعلى كل الاشخاص
الموجودين فيه ، ويقصد به — من ناحية أخرى — عدم سريانها على كل ما يقع
خارج حدود هذا الاقليم . فاذا قلنا مثلا ان القانون المصرى اقليمى التطبيق أو
السريان ، فمعنى ذلك أنه وحده الذى يسرى على كل ما يقع فى أرض مصر
وعلى كل المقيمين فيها، مصريين كانوا أو جانب ، وأنه لايسرى على ما يقع
خارج حدود مصر ، ولا يسرى على الاشخاص المقيمين خارج مصر ولو كانوا
مصريين .

واما السريان الشخصى للقاعدة القانونية ، وهو ما يعبر عنه بمبدأ شخصية
القانون (Personnalité de la loi) ، فمعنى سريان القاعدة القانونية فى
دولة معينة على الاشخاص التابعين لها حتى ولو كانوا خارج حدود اقليمها،
وعدم سريانها على الاجانب حتى ولو كانوا مقيمين فى اقليمها . فاذا قلنا مثلا

(١) انظر فى ذلك بخاصة :

Battifol, Traité élémentaire de droit international privé, 1948,
Nos. 9 et s.

حاجد زكى ، اصول القانون الدولى الخاص ، ١٩٤٤ ،قرة ٦٩ وما بعدها .

ان القانون المصرى شخصى التطبيق أو العريان ، فمعنى ذلك أنه يطبق على المصريين وحدهم حتى ولو كانوا خارج مصر ، وأنه لا يطبق على الاجانب حتى ولو كانوا موجودين فى مصر .

والواقع أن مبدأ اقليمية القانون يقوم على أساس ما للدولة من سيادة فى اقليمها ، مما يعد معه تطبيق قوانين الدول الأخرى على ما يقع فى اقليمها هى اعتداء على سيادتها . وأما مبدأ شخصية القانون فيقوم على أساس ما للدولة من سيادة على رعاياها حيثما وجدوا ، نظرا لما يربطهم بها من رابطة لا تنقيد أو تتحدد بمكان معين .

وقد تفاوت منذ القدم الأخذ بكل من المبدأين باختلاف الدول (١) . فبعضها أخذ بمبدأ اقليمية القانون ، وبعضها الآخر أخذ بمبدأ الشخصية . ولكن لم يكن الأخذ بهذا المبدأ أو ذاك فى دولة من الدول إلا من حيث الأصل فحسب ، مع فتح الباب لاستثناءات تطبق المبدأ الآخر فى حالات خاصة .

١٧٨ - مدى السريان المكاني للقانون المصرى

يطبق القانون المصرى فى الأصل تطبيقا إقليميا . ولكن هذا الأصل ليس مطلقا ، إذ تحد منه استثناءات معينة .

أولا - مبدأ اقليمية القانون المصرى : المبدأ العام المقرر هو اقليمية تطبيق القانون المصرى ، استنادا الى ما للدولة من سيادة على اقليمها . فالأصل أن هو وجوب تطبيق القواعد القانونية المصرية على كل الموجودين فى مصر أيا كانت جنسيتهم ، ولا تطبق خارج مصر حتى على المصريين .

غير أن التطبيق الإقليمى يقتضى وحدة القانون الوطنى المطبق داخل حدود الدولة ، ووحدة الهيئة أو الجهة القضائية التى تطبق هذا القانون . ولم يتج دائما تطبيق مبدأ اقليمية القانون تطبيقا كاملا فى مصر ، فقد انتقصت الامتيازات الأجنبية والامتيازات الطائفية من كمال التطبيق الإقليمى للقانون المصرى . ولكن انتهى هذا الانتقاص من ناحية ، بإلغاء الامتيازات الأجنبية سنة ١٩٤٩ . وانكمش هذا الانتقاص ، من ناحية ثانية ، فيما يتعلق

بالاتفاقيات الطائفية ، حيث أصبح منحصرًا اليوم فحسب في تعدد القوانين المطبقة في بعض مسائل الأحوال الشخصية تبعًا لتعدد العقائد الدينية ، بعد أن توحد الاختصاص القضائي دون نظر لاختلاف الدين وتم إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليّة المتعددة منذ سنة ١٩٥٥ . ولما كان هذا الأثر الباقي لا يعنى الانتقاص من كمال التطبيق الإقليمي للقانون فحسب ، بل كذلك الانتقاص من الوحدة الوطنية في أسمى مظاهرها ، فإننا نطمح في أن يخطو المشرع المصري في القريب الخطوات اللازمة للقضاء على هذا الانتقاص .

ثانيا - أحوال الخروج الاستثنائي على مبدأ اقليمية القانون المصري : إذا كان المبدأ العام هو تطبيق القانون المصري تطبيقًا إقليميًا على ما رأينا ، فإن هذا المبدأ ليس مطلقًا ، إذ ترد عليه بعض استثناءات تحد من تطبيق هذا القانون داخل إقليم الدولة أو تهدد هذا التطبيق إلى خارج هذا الإقليم . وإذا كان الغالب أن تؤدي هذه الاستثناءات إلى شخصية تطبيق القانون ، إلا أن ذلك لا يتحقق دائمًا . إذ قد تؤدي بعض الاستثناءات إلى تطبيق القانون تطبيقًا عينيًا (١) ، بحيث يتحقق الخروج على مبدأ الإقليمية ولكن ليس لصالح فكرة الشخصية ، كما يحصل - وخاصة في شأن تطبيق بعض قواعد قانون العقوبات - عندما يتقرر تطبيق القانون الوطني على من يأتى فعلاً أو جرماً خارج إقليم الدولة حتى لو كان غير وطني وغير مقيم في الدولة ، لمجرد مساس هذا الفعل أو الجرم بمصلحة أساسية للدولة . ونعرض فيما يلى لأهم أحوال الخروج الاستثنائي على مبدأ اقليمية القانون المصري ، أيًا كانت نتيجة هذا الخروج .

(١) أهم ما يرد من استثناء على مبدأ اقليمية القانون المصري ، هو ذلك الناشئ عن أعمال قواعد القانون الدولي الخاص المصري أي قواعد الاسناد المصرية . فهذه القواعد - كما سبق البيان - تعين القانون الواجب التطبيق في

(١) راجع في التطبيق العيني للقانون :

محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، فترات ١٠٨ و ١٢٨ و ١٣٠ .

العلاقات ذات العنصر الاجنبى * وهى قد تعين قانونا اجنبيا - دون القانون المصرى - فيما يقع فى اقليم مصر ، فيعتبر تطبيق القانون الاجنبى حينئذ خروجاً على مبدأ اقليمية القانون المصرى * فمثلا تقضى هذه القواعد بأن القانون الواجب التطبيق بشأن الميراث هو قانون المورث (م ١٧ مدنى) ، فاذا توفى فرنسى فى مصر ، فالقانون الذى يطبق بشأن تركته هو القانون الفرنسى استثناء من مبدأ اقليمية الذى كان يوجب تطبيق القانون المصرى .

ومن ناحية أخرى ، فقد يترتب على اعمال قواعد الاسناد تطبيق القانون المصرى - استثناء من مبدأ اقليميته - على ما يقع خارج مصر * فطبقا لقاعدة الاسناد السالفة الذكر ، يطبق القانون المصرى على تركة المصرى الذى يتوفى ويترك اموالا فى الخارج .

(٢) وكذلك يرد على مبدأ اقليمية القانون المصرى استثناء ثان خاص ببعض الحقوق العامة أو السياسية كحق الانتخاب وحق انترشيح للهيئات النيابية ، وبعض الواجبات أو الالتزامات الوطنية كواجب الخدمة العسكرية * فمثل هذه الحقوق والواجبات - وهى خاصة بالانتماء الى الوطن - لا يتصور أن تسرى القواعد القانونية المقررة لها الا فى حق الوطنيين وحدهم دون الاجانب ، فلا تطبق انن تطبيقا اقليميا بل تطبيقا شخسيا * .

(٣) أما الاستثناء الثالث الوارد على مبدأ اقليمية القانون المصرى ، فهو الخاص بالعقاب على بعض الجرائم التى ترتكب أو تقع خارج مصر * فلئن كانت القاعدة هى اقليمية قانون العقوبات المصرى كما هى الحال فى أغلب الدول ، الا أن من الاعتبارات ما يحتم الخروج على هذه القاعدة فى بعض الحالات ، سواء بما يؤدى الى عينية تطبيق القانون المصرى أو بما يؤدى الى شخصيته * .

فقد استلزم الدفاع عن كيان الدولة المصرية اعطاءها حق العقاب بمقتضى قانونها على ما يرتكب فى الخارج من وطنى أو اجنبى من جرائم تخل بامننا ، أو بالثقة فى أوراقها الرسمية عن طريق تزويرها ، أو بالثقة فى نقدها عن

طريق تزييفه (م ٢ — ثانيا عقوبات). وظاهر أن تطبيق القانون المصرى هنا ، استثناء من مبدأ الاقليمية ، هو تطبيق عينى ، بالنظر الى مساس هذه الجرائم بكيان الدولة ومصالحها الاساسية ، بحيث يجيء هذا التطبيق رغم ارتكاب الجريمة فى الخارج ودون النظر الى جنسية مرتكبها (١) .

وفى أحوال أخرى ، يتقرر الخروج على مبدأ اقليمية قانون العقوبات المصرى ، بما يؤدى الى التطبيق الشخصى لهذا القانون . فمن ذلك ما يقرره المشرع المصرى — وعصر كأغلب الدول لا تسلم رعاياها — من العقاب وفق قانون العقوبات المصرى على ما يرتكبه المصريون فى الخارج من جنایات أو جنح اذا عادوا الى مصر تهربا من العقاب ، حتى لا تكون هذه العودة منجاة لهم منه (م ٣ عقوبات (٢) .

(١) راجع فى مبنية تطبيق القانون المصرى فى هذه الحالة :
محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، فقرات ١٢٨ — ١٣٠ ، ص ١٤٥ — ١٤٧ .

(٢) انظر فى هذه الحالة :
محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، فقرات ١٣١ — ١٣٨ ، ص ١٤٧ — ١٥١ .

الفصل الثالث

مدى سريان القاعدة القانونية فى الزمان

١٧٩ - تقسيم

يشير تحديد مدى سريان القاعدة القانونية فى الزمان مسألة انتهاء هذا السريان ، وهو ما يتم بإلغاء القاعدة القانونية . فاذا ألغيت قاعدة قانونية لتحل محلها قاعدة جديدة ، يقوم التنازع بين القاعدتين على حكم الاوضاع والاثار القانونية التى ابتدأت فى ظل القاعدة القديمة ومازالت مستمرة فى ظل القاعدة الجديدة ، فكيف يحل هذا التنازع ، وكيف تتحدد ولاية كل من القاعدتين المتعاقبتين فى الزمان ؟

على هذا النحو ، نقسم الكلام فى هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الاول - فى الغاء القاعدة القانونية .

المبحث الثانى - فى التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان .

المبحث الاول

الغاء القاعدة القانونية

١٨٠ — تمهيد

يقصد بالغاء القاعدة القانونية (١) انتهاء سريانها ومنع العمل بها ابتداء من هذا الانهاء . والاصل أن القاعدة القانونية اذا صدرت صحيحة وصارت نافذة ، فهي تظل سارية معمولاً بها حتى يحصل الغاؤها قانوناً . ويترتب على الغاء القاعدة القانونية إما احلال قاعدة قانونية جديدة محلها وإما الاستغناء عنها بعدم استبدال غيرها بها .

والغاء القاعدة القانونية إما الغاء صريح وإما الغاء ضمني . وقد أشارت المادة الثانية من التقنين المدنى المصرى الحالى لهذين النوعين من الالغاء فى شأن القواعد التشريعية . ولكن الالغاء لا يصدق فى حق القواعد التشريعية وحدها ، بل يصدق فى حق القواعد القانونية جميعاً اياً كان مصدرها (٢) . فنعرض فيما يلى للالغاء الصريح ، ثم للالغاء الضمنى .

١٨١ — الالغاء الصريح

يتحقق الالغاء الصريح (L'abrogation expresse) بصور قاعدة أو قواعد قانونية جديدة تفصح عن نسخ قاعدة أو قواعد قانونية قديمة . ومثال

(١) يجب التفرقة بين الإلغاء (L'abrogation) وبين البطلان أو الإبطال (L'annulation) فهما وإن كانا وسيلتين لاسقاط القاعدة القانونية ، إلا أنهما مختلفان فى السبب وفى الآثار على السواء . ذلك أن الإلغاء إنما يرد على قاعدة قانونية مستقلة شرائطها وأركانها الجوهرية ، لا لاكثر فروعها من قبل أو الطعن فى صحتها ، ولكن لانتهاء العمل بها سواء كان ذلك لعدم الحاجة إليها من بعد أو لاستبدال قاعدة أخرى بها تكون أكثر ملاءمة ، ولذلك لا يبتدىء أثر الإلغاء إلا منذ حصوله ، فلا يكون له آثار على ما تم من تنفيذ القاعدة القانونية قبله . أما البطلان أو الإبطال . فلا يفتى إلا نتيجة انتفاء ركن أو شرط جوهرى من أركان القاعدة القانونية أو شرائطها ، بحيث تعتبر منعدمة وكأن لم تكن ، ومن هنا ، كان الأصل أن لبطلان القاعدة القانونية أو إبطالها آثار رجعية .

(٢) عرفت الشريعة الإسلامية خلسة نظرية الإلغاء فى شأن قواعد وأحكامها ، تحت اسم نظرية « النسخ » ، وأسمتها على قوله تعالى « ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو بمثلها » (انظر فى نظرية النسخ فقهاء الأصول وخاصة : أبو إسحق الشافعى ، الموافقات فى أصول الشريعة ، شرح الأستاذ عبد الله دراز ، ج ٣ ، ص ١٠٢ — ١١٨ . وانظر كذلك عبر عبد الله ، سلم الوصول لمعلم الأصول ، الطبعة الاولى ، ١٩٥٦ ، ص ٢٥٣ — ٢٥٦) .

نص المادة الاولى من القانون الخاص باصدار القانون المدنى المصرى الحالى على الغاء القانون المدنى الاهلى والقانون المدنى المختلط والاستعاضة عنهما بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون .

وقد يتحقق الالغاء الصريح كذلك بقوات المدة المعينة لسريان القاعدة القانونية ، فقد تدعو ظروف واحوال خاصة الى توقيت سريان القاعدة القانونية بمدة او فترة معينة ، فاذا انقضت هذه المدة او تلك الفترة اعتبرت القاعدة القانونية ملغاة بحيث يقف العمل بها ابتداء من هذا الانقضاء . ومثال ذلك ما كان ينص عليه قانون أجور المساكن الصادر سنة ١٩٢١ من أن مفعوله ينتهى فى ٣٠ يونية سنة ١٩٢٢ .

١٨٢ — الالغاء الضمنى (١)

يقصد بالالغاء الضمنى (L'abrogation tacite) ذلك الالغاء الذى لا يوجد تصريح به ، وانما يستخلص مجرد استخلاص من استحالة الجمع بين قاعدة قانونية قديمة وقاعدة قانونية جديدة ، وهو ما يتحقق فى صورتين : صورة تعارض بين القديم والجديد ، وصورة تنظيم نفس الموضوع من جديد . وقد عنى التقنين المدنى الحالى بالاشارة الى هاتين الصورتين (م ٢) .

(١) **التعارض بين القديم والجديد :** تتحقق هذه الصورة الاولى من صور الالغاء الضمنى بقيام تعارض بين قواعد قانونية قديمة وقواعد قانونية حديثة ، اذ يفهم ضمنا — وتطبيقها معا مستحيل — أن الاحداث منها قد نسخ والغى الاقيم . وبديهي أن الالغاء الضمنى فى هذه الصورة لا يكون الا فى حدود

(١) اذا اختلفت بعض القوانين الى نصوص قوانين أخرى ، ثم ألغيت هذه النصوص فى قوانينها الأصلية ، فالأصل أن لا يستتبع الغاؤها اعتبارها ملغاة كذلك فى القوانين التى تحيل اليها ، بل تظل موجودة فيها بالأحالة ولكنها ثابتة بالمعارة . ولكن اذا استحال الاستمرار فى اعتبارها قائمة فى نطاق القوانين التى تحيل اليها ، بأن كلفت هذه النصوص تنشئ مثلا مرفقا أو محكمة تكون لازمة لتطبيق هذه القوانين وتقرر الغاؤها ، فلا مناص من انسحاب الالغاء بالنسبة الى هذه النصوص لاستحالة تطبيقها حينئذ (انظر Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 104, pp. 170, 171) ويجب أن يواجه المشرع الامر ، فيعدل الاحالة بجعلها الى المرفق أو المحكمة الجديدة ان وجدت ، أو الى مرفق أو محكمة أخرى من المرافق أو المحاكم الأصلية القائمة ، لاكان الاستمرار فى تطبيق هذه القوانين المحيلة (انظر كتابنا مسالك الذكر ، هاشم «١» ص ٤٠٠ — ٤٠١) .

التعارض والتنافر بين القواعد القديمة والقواعد الحديثة . فإذا صدر قانونان متعاقبان فى الزمان ومتناقضان فى الاحكام ، اعتبر القانون القديم منسوخا ضمنيا بالقانون الحديث اذا كان التعارض بين احكامهما تاما وكليا . أما اذا كان التعارض جزئيا بأن كان واقعا بين بعض احكامهما فحسب ، فلا ينسحب النسخ أو الالغاء الضمنى مطلقا الا على ما ثبت تعارضه من أحكام القانون القديم مع القانون الحديث .

وإذا كان النسخ أو الالغاء الضمنى مستخلصا من قيام تعارض بين القواعد القانونية القديمة والقواعد القانونية الحديثة، فذلك رهن بكون ماتضعه هذه القواعد المتعارضة والمتعاقبة فى الزمان من أحكام ذات صفة واحدة ، بأن تكون معا أحكاما عامة أو تكون جميعا أحكاما خاصة . أما اذا اختلفت بينها الصفة ، ففي الامر تفصيل نعرضه فيما يلى :

١ — **التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص** : اذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما عاما وبين قواعد قانونية حديثة تأتى بحكم خاص ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد قد نسخ الحكم القديم العام كليا ، وانما يستخلص منه أن الحكم الجديد قد نسخ (أو عطل) ضمنيا الحكم القديم العام فى شأن ما جاء بتخصيصه فقط (١) . ومعنى ذلك أن الحكم القديم العام يظل قائما وساريا الا فيما جاء الحكم الجديد بتخصيصه ، وبذلك يجد الحكم الخاص من مدى عموم الحكم القديم العام فيقتطع بعض ما يندرج تحته ويجرى عليه حكم قاعدة مغايرة .

ومثال ذلك أن التقنين المدنى المصرى القديم كان يقضى بأن الملكية تنتقل بالتراضى فى الاموال منقولة كانت أو عقارية . ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل سنة ١٩٢٣، ثم قانون الشهر العقارى سنة ١٩٤٦، بحكم جديد يقضى

(١) فى هذا المعنى :

Josserand, op. cit., t. I, No. 67. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 104, p. 170.

سليمان مرقس ، فقرة ٩٤ ، ص ١٢٢ .

بأن الملكية فى العقار لا تنتقل الا بالتسجيل . فوجد بذلك تعارض بين حكم التقنين المدنى القديم وهو حكم عام لانصرافه الى الاشياء بصفة عامة دون تمييز بين المنقول منها والعقار ، وبين الحكم الجديد الذى جاء به قانون التسجيل وتانون الشهر العقارى وهو حكم خاص لعدم انصرافه الا الى العقار وحده دون المنقول . غير أن هذا التعارض لم يكن له أثر الا الفناء الحكم العام الوارد فى التقنين المدنى القديم الغاء ضمنيا فى شأن العقار وحده ، فبقى لهذا الحكم سريانه فى شأن المنقول . وبذلك ظل حكم التقنين القديم القاضى بانتقال الملكية بمجرد التراضى قائما وساريا الا فيما جاء قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى بتخصيصه منه اخراج العقار من عموم حكمه باشتراط التسجيل لانتقال ملكيته .

٢ — **التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عام** : اما اذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما خاصا وبين قواعد قانونية جديدة تضع حكما عاما ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد العام قد نسخ الحكم القديم الخاص ، بل ظل الحكم القديم الخاص قائما وساريا باعتباره استثناء واردا على القاعدة العامة التى يضعها الحكم الجديد العام (١) . فالعام اذن لا يلغى الخاص ، بل يسريان معا على أساس اعتبار العام هو الاصل وبقاء الخاص مجرد استثناء وارد عليه . ولذلك لايلغى الحكم الخاص ضمنيا الا بحكم خاص مثله متعارض معه (٢) .

ومثال هذه الصورة أن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن ايجار الاماكن قد صدر متضمنا أحكاما خاصة فى تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين

(١) فى هذا المعنى :

Aubry et Rau, t. I, 6ème éd. par Bartin, No. 29, p. 100. — Josserand; Marty et Raynaud; ibid.

سليمان مرقس ، الموضع السابق .

(٢) قارن مع ذلك :

Mazeaud, op. cit. t. I, No. 83, p. 102.

بمراعاة ظروف أزمة المساكن ، ثم صدر بعد ذلك التقنين المدنى الحالى الذى ابتداء نفاذه منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ متضمنا بين نصوصه نصوصا عامة فى شأن تنظيم عقد الإيجار . فليس من شأن ذلك اعتبار نصوص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ملغاة بصصوص الإيجار الموجودة فى التقنين المدنى رغم ما بينهما من تعارض . اذ نصوص التقنين المدنى فى ذلك انما تضع أحكاما عامة لاتنسخ الأحكام الخاصة التى يتضمنها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، بل تظل هذه التى جاء بها التقنين المدنى الحالى (١) .

ومثال هذه الصورة كذلك ، أن القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ كان يقضى بأنه « ... اذا كان المورث غير مسلم ، جاز لورثته فى حكم الشريعة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى » ، ثم جاء بعد ذلك التقنين المدنى الحالى سنة ١٩٤٩ مقررًا أنه تسرى على الميراث والوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها (م ٨٧٥ و ٩١٥) . فليس فى الحكم العلم الوارد بهذا التقنين وهو الحكم الأحدث أى نسخ أو الغاء للحكم الخاص الأتخدم الوارد بقانون سنة ١٩٤٤ ، بل يظل هذا الحكم قائما وساريا يخول لغير المسلمين الاحتكام الى شرائعهم الدينية فى مسائل الميراث والوصية ، استثناء من القاعدة العامة التى يقرها التقنين المدنى والتى تقضى بأن تكون الولاية فى المواريث والوصايا للشريعة الاسلامية والقوانين المستمدة منها والصادرة فى هذا الشأن (٢) .

٣ — تنظيم نفس الموضوع من جديد : والصورة الثانية من صور الالغاء الضمنى أن تأتى قواعد قانونية فتنظم من جديد نفس الموضوع الذى سبق أن

(١) انظر فى ذلك :

كاتبنا سالف الذكر ، هاشم «٢» ص ٤٠٤ — ٤٠٥ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٦ ، المجلد الثانى ، ١٩٦٣ ، فقرة ٥٦٧ ، ص ٨٨٨ — ٨٩٠ .

(٢) انظر فى ذلك كاتبنا سالف الذكر ، هاشم ص ٣٢٨ و ٣٢٩ و ٤٠٣ و ٤٠٤ . ولكن قارن :

عبد التعم نرج الصدة ، نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد ، ١٩٥٠ ، فقرة ٣٨ . — محمد على عرفه ، اسباب كسب الملكية ، ١٩٥٥ ، فقرات ٢٨٦ و ٢٩٦ .

نظمته قواعد قانونية قديمة ، اذ يستخلص من اعادة التنظيم أن القواعد القانونية الجديدة قد نسخت القواعد القديمة كلها حتى تلك التى لاتتعارض معها (١) . وقد نص المشرع المصرى على هذه الصورة فى التقنين المدنى الحالى (م ٢) . ولكن يراعى أن المشرع ينص غالبا ، فى التشريع اللاحق الذى يعيد به تنظيم نفس الموضوع ، على الغاء التشريع السابق الذى كان ينظمه ، وهو بذلك يجعل الالغاء صريحا ، ولو قد سكت عن التصريح بالغاء ، لتحقق الالغاء ضمنيا من مجرد اعادة تنظيم نفس الموضوع من جديد .

ومن أمثلة التصريح بالالغاء رغم أن الالغاء كان متحققا ضمنيا دون تصريح من مجرد تنظيم الموضوع من جديد ، نص المشرع المصرى فى قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ على الغاء القانون السابق المنظم للسلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ .

١٨٣ — سلطة الغاء القاعدة القانونية

الأصل أن السلطة التى تملك الالغاء هى السلطة التى تملك الاصدار أو الانشاء ، أو سلطة أعلى منها اذ من يملك الاكثر يملك الاقل . ومن هنا ، فلا يتم الغاء قاعدة قانونية الا بقاعدة قانونية صادرة عن نفس المصدر الرسمى للقاعدة القانونية الملغاة أو عن مصدر رسمى أعلى منه .

وتطبيقا لهذا المبدأ ، فالقاعدة العرفية مثلا تلغىها قاعدة عرفية مثلها ، أو تلغىها قاعدة تشريعية باعتبار أن التشريع أعلى فى المرتبة من العرف اذ هو المصدر الرسمى الاصلى والعرف مجرد مصدر تكميلى له .

والقاعدة التشريعية لاتلغى الا بقاعدة تشريعية . غير أن التشريع نفسه، كما سبق البيان درجات ثلاث بعضها فوق بعض، ولذلك ينبغى مراعاة هذا التدرج بصدد الغاء كل درجة من درجات التشريع . فالتشريع الأساسى يلغى بتشريع

(١) فى هذا المعنى : الفكرة الإيضاحية للبشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

أساسي ، والتشريع العادي يلغى بتشريع عادي أو أساسي ، والتشريع الفرعي يلغى بتشريع فرعي أو عادي أو أساسي .

وقد سبق أن اشرنا الى أن العرف لا يملك — كقاعدة عامة — الغاء التشريع ، لانه أدنى منه مرتبة ولا يملك الادنى نسخ الاعلى . ومقتضى هذا القول عدم التسليم بما يذهب اليه بعض الفقهاء (١) من امكان الغاء التشريع ونسخه عن طريق اهمال تطبيقه مدة طويلة أى عن طريق عدم اعماله (désuétude). فليس اهمال التشريع وعدم اعماله مدة طويلة الا عرفا سلبيا مخالفا للتشريع ، والعرف كما سبق البيان لا يملك الغاء التشريع ، لانه مجرد مصدر تكميلي له فيكون بالتبعية أضعف منه . فالتشريع اذن ما دام لم يبلغ صراحة أو ضمنا بتشريع لاحق ، يظل قائما دون أن يعتبر تواتر اهمال تطبيقه نسخا أو الغاء له (٢) .

(١) انظر خاصة :

Beudant et Béquignon-Lagarde, Cours de droit civil français, 2ème éd., t. I, No. 177 — Lebrun, thèse précitée, Nos. 433 - 448.

(٢) انظر في هذا خاصة :

محرر الابتدائية ١٧ أبريل ١٦٢٧ ، المحللة ٨ ، رقم ١٥١ ، ص ٢٠٥ .

(م ٢١ — المدخل الى القانون)

المبحث الثاني

تنازع القواعد القانونية في الزمان (١)

١٨٤ — مشكلة التنازع الزمني

إذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى، فبديهي أن القاعدة الجديدة تسرى ابتداء من يوم نفاذها، وأن القاعدة القانونية القديمة يقف سريانها ابتداء من يوم الغائها، وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من القاعدتين القديمة والجديدة. ويكون الأمر في تحديد هذا النطاق الزمني يسيراً هكذا، إذا تعلق بمراكز قانونية تتكون وتترتب كل آثارها في لحظة واحدة، إذ لا يتصور حينئذ قلم تنازع بشأن حكمها بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة، فما تكون من مراكز وما ترتب من آثار في ظل القاعدة القديمة يكون محكوماً بداهة بهذه القاعدة، وما يتكون من مراكز أو يترتب من آثار في ظل القاعدة القانونية الجديدة يحكم بهذه القاعدة وحدها دون القاعدة القديمة.

غير أن الأمر لا يعرض دائماً بمثل هذا اليسر، فمن المراكز أو الآثار القانونية ما لا يتكون أو يترتب إلا خلال فترة طويلة من الزمان، وهنا يقوم التنازع بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة على حكم هذه المراكز وتلك الآثار باعتبار أنها ممتدة في ظلها معاً. فمثلاً إذا صدرت قاعدة قانونية جديدة بخفض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية، فما حكم عقود القرض

(١) راجع في ذلك بمسألة خاصة :

Roubier, *Les conflits de lois dans le temps, théorie de la non rétroactivité des lois*, t. I, 1929, t. II, 1933; *Le droit transitoire*, 1960. — Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. II, Nos. 11-247, pp. 13-280. — Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, 3e éd., 1928, Nos. 21, 21 a, 22, pp. 227-284. — Esmein, *Cours de droit civil approfondi et comparé*, 1943-1944.

ومثالنا « مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان »، مجلة الحقوق، السنة السابعة، العدد الثالث والرابع، ١٩٥٨، ص ٨٥ — ١٨٤. — وكلمتنا أصول القانون. فقرات ١٨٨ — ٢١٧، ص ٤٠٩ — ٥٠٩.

التي عقدت قبل نفاذها وفق الحد الأقصى القديم وتراخى بها التنفيذ الى ما بعد نفاذها؟. هل يلزم المدين بدفع الفائدة على أساس القاعدة القانونية القديمة اى على الاساس المرتفع ، أم ينسحب عليه حكم القاعدة القانونية الجديدة فلا يلزم بدفع فائدة أكثر من الحد الأقصى الجديد المنخفض ؟ . وكذلك اذا كانت سن الرشد والاهلية لإبرام التصرفات القانونية هي ١٨ سنة ، ثم رفعها قانون جديد الى ٢١ سنة ، فما حكم الاشخاص الذين كانوا راشدين قبل نفاذ هذا القانون اذا لم يكونوا قد بلغوا السن الجديدة المحددة فيه عند نفاذه ، هل يستمرون راشدين أم يعودون قاصرين ؟ وما حكم تصرفاتهم التي عقدها قبل نفاذ هذا القانون اى وقت أن كانوا راشدين ، هل تظل صحيحة أم ينسحب عليها البطلان ان تقرر اعادتهم قاصرين ؟ . واذا كان للزوج المسلم حق طلاق زوجته بارادته ، فهل يبقى له هذا الحق اذا صدر قانون جديد يحرم الطلاق الا باذن من القاضي ، على اعتبار أنه تزوج فى ظل قانون يعطيه حق الطلاق بارادته المنفردة ؟ .

تلك هي مشكلة التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان . فعلى اى أساس يحل هذا التنازع ؟ وكيف يمكن التوصل الى تحديد المدى الزمنى لسريان كل من القواعد القانونية المتنازعة ، خاصة وقد غدت اليوم مشكلة هذا التنازع فى الطبيعة من مشاكل تطبيق القانون ، بعد أن نشطت حركة التشريع (١) فى العصر الحديث نشاطا ضخما موفورا ؟ .

١٨٥ - مبدأ عدم رجعية القوانين

يقوم فى الاصل حل مشكلة التنازع بين القاعدة القانونية فى الزمان على مبدأ قانونى قديم مشهور ، مقرر اليوم فى أغلب الشرائع والقوانين الحديثة ،

(١) لا تنحصر مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين فى نطاق التشريع وحده ، بل هي مشكلة عامة تنور فى صدد كل القواعد القانونية المتعاقبة ايا كان مصدرها (انظر فى هذا المعنى : مقالنا سالف الذكر ، هلبى « ١ » ، ص ٨٨ - ولكن قلن :

هو مبدأ عدم رجعية القوانين (La non-rétroactivité des lois) بمعنى عدم انسحاب القوانين الجديدة على الماضي ، واقتصارها على حكم المستقبل أى على حكم ما يقع ابتداء من يوم نفاذها . وهذا المبدأ من المبادئ المقدسة التى كسبتها الانسانية بعد جهاد طويل ، حتى غدا اليوم من تراثها الثابت ، سواء كان مسطورا فى الدساتير والقوانين أو غير مسطور . وهو على أى حال ، مقرر كمبدأ عام بصريح النص فى الدساتير المصرية المتعلقة (١) .

ويقوم هذا المبدأ على أساس من المنطق ، اذ القاعدة القانونية هى أمر أو تكليف بسلوك معين ، والتكليف أو الامر لا يتصور توجيهه الى ما فات وانما الى ما هو آت . ففى الرجوع بالقاعدة القانونية الى الماضي خروج اذن عن المدى الزمنى لسرياتها — وهو الذى يبدأ من وقت نفاذها — واعتداء على اختصاص القاعدة القانونية القديمة بالانقصاص من المدى الزمنى لسرياتها الذى يمتد الى يوم انقضاءها . وكذلك ففى انسحاب القاعدة القانونية على الماضي ، اخلال بالاستقرار الواجب للمعاملات واهدار للثقة الواجبة فى القانون . فضلا عن انه كثيرا ما تترتب للأفراد حقوق ومراكز وآثار قانونية فى ظل القواعد القانونية المعمول بها ، فلا ينبغى أن يكون تعديل هذه القواعد أو نفاؤها بقواعد قانونية جديدة فرصة للمساس بهذه الحقوق والمراكز أو للانقصاص من تلك الآثار التى ترتبت صحيحة فى ظل القواعد القانونية القديمة .

ومع ذلك فمن المسلم اعطاء المشرع رخصة فى الخروج على مبدأ عدم الرجعية ، بنصه على الرجعية صراحة ، اذ قد تكون الرجعية فى بعض الحالات مما يقتضيه صالح الجماعة . والدساتير المصرية المتعلقة قاطعة فى اعطاء هذا الحق للمشرع . ولكنها أصبحت تتشدد منذ دستور سنة ١٩٥٦ فقتطلب أن يتم تقرير الرجعية بتشريع عادى (٢) توافق عليه أغلبية أعضاء مجلس الأمة لا

(١) م ٢٧ من دستور ١٩٢٣ ، وم ١٨٦ من دستور ١٩٥٦ وم ٦٦ من دستور ١٩٥٨ ، وم ١٦٣ من دستور ١٩٦٤ .

(٢) فلا تجوز الرجعية ولو نص عليها صراحة فى تشريع نوعى (انظر : سليمان مرقس ، الطبعة الثالثة ، فقرة ٩٩ ، ص ١٦٠) .

أغلبية الحاضرين منهم كما هو الأصل ، وذلك تأكيدا لخطورة الرجعية أمام ما تهدره من حقوق وتخل به من استقرار .

ولكن المشرع — على أى حال — مقيدا بمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق بقوانين العقوبات ، فلا يملك النص فى تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة على رجعية هذا التشريع وانطباقه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال نظرا لما فى ذلك من اهدار خطير للحرية الفردية . وهذا ما تقرره الدساتير المصرية المتعاقبة وما يقرره تقنين العقوبات المصرى .

١٨٦ — عدم كفاية مبدأ عدم رجعية القوانين لحل مشاكل التنازع بينها فى الزمان

إذا كان مبدأ عدم رجعية القوانين يقدم عادة كأساس لحل التنازع بين القوانين فى الزمان ، فيراعى أن تقرير هذا المبدأ ليس كافيا بمفرده لحل مشاكل هذا التنازع (١) . فلا يكفى أن يقرر كمبدأ أن ليس للقانون الجديد سلطان على الماضى ، بل يجب كذلك منع استمرار القانون القديم فى السريان بتقرير مبدأ سلطان القانون الجديد ابتداء من نفاذه أى مبدأ سلطانه وأثره المباشر ، خاصة بالنسبة الى الوقائع التى تحدث ابتداء من هذا النفاذ وتكون مترتبة على أوضاع أو وقائع ماضية . ولكن هذا السلطان المباشر لا يمكن أن يكون كاملا ، إذ توجد أحوال تقتضى — خروجا على ذلك — الاعتراف للقانون القديم بولاية مستمرة رغم انتهاء العمل به بابتداء نفاذ القانون الجديد .

١٨٧ — منهج البحث

إذا كان حل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين لا يقوم فحسب على مبدأ عدم الرجعية ، بل يقوم كذلك على تأكيد مبدأ السريان المباشر للقانون الجديد فيما عدا استثناءات قليلة يسمح فيها بأثر مستمر للقانون القديم ، فينبغى الوقوف على الأصول التى تحكم وتبين مبادئ حل هذه المشكلة ، ثم التعرف

(١) انظر فى ذلك خاصة :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 105.

على الحلول الوضعية فى القانون المصرى لاهم مشاكل التنازع الزمانى ومدى اتفاقها مع تلك الاصول .

المطلب الاول

أصول حل مشكلة التنازع الزمانى

١٨٨ - تعدد النظريات الفقهية

تعتبر مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين من أعقد المشاكل القانونية التى واجهت الفقه . لذلك كانت محلا لاجتهاد كثير من الفقهاء فى سبيل التماس اصول لحلها ، فظهرت بذلك نظريات عديدة لارساء هذه الاصول . ولسوف نكتفى باستعراض نظريات ثلاث تعبر عن الاتجاهات الرئيسية المختلفة (١) .

اولاها النظرية القديمة التى ظلت سائدة فى الفقه ومطبقة فى القضاء فى فرنسا طوال القرن التاسع عشر والتى عرفت باسم « النظرية التقليدية » ، وتقوم على التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الامل . والنظريتان الاخريان نبتتا فى الفقه الفرنسى منذ أوائل القرن الحالى بعد تكشف قصور النظرية التقليدية مما أدى الى هجر الفقه لها : وقد ولدت النظرية الاولى منها عند بعض فقهاء القاتون العام وبخاصة « ديجى » ، وقامت على أساس التفرقة بين المراكز القانونية الشخصية والموضوعية ، ولكن لم يكتب النجاح لها فى الفقه أو القضاء .

والثانية ، تأصلت عند بعض فقهاء القانون الخاص ومن أظهرهم « روبيه » ، وهى التى تتجنب قصور النظريتين المتقدمتين نتيجة انحصارهما فى مبدأ عدم الرجعية ، فتفرق بين الاثر الرجعى والاثر المباشر للقاعدة القانونية ، وقد انتهى الامر بانتصار هذه النظرية فباتت لها الطلبة اليوم على بقية النظريات .

(١) أنظر فى نظرية أخرى للغة الفرنسية « بونكاز » .

اولا - النظرية التقليدية

في التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الامل

١٨٩ — المبدأ هو عدم الرجعية ، أى عدم المساس بحق مكتسب قلنا ان هذه النظرية كانت هى السائدة فى الفقه والقضاء الفرنسى طوال القرن الماضى ، بل ان بعض احكام القضاء الفرنسى والمصرى على السواء لا تزال الى اليوم — رغم هجر الفقه لها — تستعمل تعبيراتها المختلفة لتبرير ما تقضى به من حلول فى مشاكل التنازع الزمانى بين القوانين .

وتقوم هذه النظرية اساسا على تقرير مبدأ عدم الرجعية للأسباب التى اوضحناها مبررة لهذا المبدأ . وهى ترى أن القاعدة القانونية الجديدة تكون رجعية اذا استتبع تطبيقها المساس بما تم اكتسابه من حقوق فى ظل القاعدة القانونية القديمة ، أما اذا لم يستتبع هذا التطبيق الا المساس بمجرد الامال التى لم ترتفع بعد الى مرتبة الحقوق المكتسبة ، فلا رجعية فيه . بمعنى أن القاعدة القانونية الجديدة تسرى حتى ولو خيبت آمالا تعلق بها الرجاء فى الماضى ، ولكنها لا تسرى اذا كان من شأن سريانها المساس بحق تم اكتسابه من قبل .

فأساس هذه النظرية انذ هو التفرقة بين الحق المكتسب (droit acquis) وبين مجرد الامل (simple expectative). والاول وحده دون الثانى هو الذى لا يجوز مساس القاعدة القانونية الجديدة به ، والا اعتبرت ذات اثر رجعى . ولكن ما هو مناط التفرقة بينه وبين مجرد الامل ؟ . الواقع أن انصار هذه النظرية لا يتفقون على تعريف واحد للحق المكتسب (١) ، مما اضعف سند نظريتهم فى الفقه وجعلها هدفا سهلا قريبا للنقد . فالحق المكتسب عند البعض منهم هو الحق الذى دخل ذمة الشخص نهائيا بحيث لا يمكن نقضه أو نزع منه الا برضاه ، وهو عند بعض آخر

(١) انظر فى التعريفات المختلفة للحق المكتسب عند انصار النظرية التقليدية :

Roubier, op. cit. t. I, No. 33, No. 35, p. 311.

الحق الذى يقوم على سند قانونى ، وعند فريق ثالث هو الحق الذى يملك صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء . أما مجرد الأمل فهو محض ترقب ورجاء فى اكتساب حق من الحقوق ، مما يفترض عدم اكتساب الحق بعد .

وأيا كان الرأى فى تعريف الحق المكتسب ومناطق التفرقة بينه وبين مجرد الأمل ، فأنصار هذه النظرية يضربون أمثلة يرونها توضح المقصود منه . فالأرث مثلا يكون مجرد أمل طالما المورث بقيد الحياة ، ولكنه يصبح حقا مكتسبا بوفاة المورث . ولذلك إذا صدر قانون جديد يعدل أنصبة الورثة ، فهذا القانون لا يمس حقوق الورثة المكتسبة فى ظل القانون القديم ، أى لا يسرى على التركات التى فتحت بوفاة المورث قبل نفاذه والا صار رجعيا ، لأن وفاة المورث فى ظل القانون القديم أنشأت لورثته حقوقا مكتسبة فى تركته مما يمتنع معه على القانون الجديد نقضها أو المساس بها . أما إذا مات المورث بعد نفاذ القانون الجديد المعدل لأنصبة الورثة ، فيسرى على الورثة التعديل الجديد لأنه لم يكن لهم فى ظل القانون القديم - والمورث لم يمت بعد - حقوق مكتسبة ، بل كان لهم مجرد أمل فى الأرث ، وهو ما يجوز للقانون الجديد تحطيمه أو المساس به (١) .

وكذلك الحال فى الوصايا ، يسرى القانون الجديد على ما يستحق منها بعد نفاذه ولو كانت محررة فى ظل القانون القديم ، ولا يسرى على ما استحق منها فى ظل القانون القديم (٢) . فلو كان القدر الجائز فيه الإيصاء هو نصف التركة ، وحررت وصية بالنصف ، ثم صدر قانون جديد يحدد نصاب الإيصاء بالثلث فقط ، فإن القانون الجديد - إن كان صدوره ونفاذه بعد وفاة الموصى - لا يسرى على الوصية ، فظل صحيحة ونافذة فى النصف ، لأن الموصى له قد اكتسب بموت الموصى حقا فى هذا النصف . وإن كان صدور القانون الجديد

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, p. 123

(٢) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 133

ونفاذه قبل وفاة الموصى ، فهو يسرى على الوصية المحررة فى ظل القانون القديم فلا تكون نافذة الا فى الثلث فقط ، لان الموصى له — رغم تحرير الوصية فى ظل القانون القديم — لم يكن قد اكتسب بعد حقا فى الوصية اذ كان الموصى ما يزال حيا ، بل كان له مجرد أمل غير يقينى فى استحقاق الوصية يوما من الايام ، فيملك القانون الجديد تفويته عليه أو الانتقاص منه •

وكذلك كل تقادم لم يكتمل فى ظل القانون القديم لا يعتبر حقا مكتسبا للمستفيد منه ، بل هو مجرد أمل عنده بالاستفادة منه عند اكتماله ، فيجوز للقانون الجديد نقضه أو المساس به ، دون أن يعتبر لذلك رجعى الاثر (١) •

١٩٠ — استثناءات مبدأ عدم الرجعية

تفسر النظرية التقليدية اذن مبدأ عدم الرجعية بعدم مساس القوانين الجديدة بما تم اكتسابه من حقوق فى ظل القوانين القديمة ، ولكنها تورد على هذا المبدأ بعض استثناءات يجوز فيها المساس بالحقوق المكتسبة ، أى تجوز فيها رجعية القوانين الجديدة • وهذه الاستثناءات هى :

(١) النص الصريح على الرجعية : ترى هذه النظرية أن مبدأ عدم الرجعية مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع • وهذا أمر مسلم فى الفقه بوجه عام • ومعناه أن للمشرع الحق فى أن ينسحب بالتشريع الجديد على الماضى اذا أراد ، وانما يجب عليه حينئذ — فى الراى الراجح — النص صراحة على رجعية هذا التشريع ، فلا يكفى الاستناد فى ذلك الى ارادته الضمنية (٢) ، فاذا خلا التشريع من نص صريح على رجعيته ، فلا يملك القاضى تطبيقه على الماضى والمساس بما تم اكتسابه فيه من حقوق •

Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 124 (١)

(٢) فى هذا المضى :

Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 103. — Josserand, op. cit., t. I, No. 79 — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 150, — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 305.

وهذا الاستثناء المجمع عليه فى القانون الفرنسى رغم عدم وجود نص يقرره ، تنص عليه صراحة - كما سبق البيان - الدساتير المصرية المتعاقبة • وهو استثناء مبرر حينما يتطلب الصالح العام الرجوع الى الماضى ونقض ما اكتسب فيه من حقوق او تكون من مراكز قانونية او ترتب عليها من آثار ، اى حينما تصبح الرجعية ضرورة تفوق ضرورة الاستقرار فى المعاملات . ومن هنا ينبغى على المشرع القصد فى استعمال ما له من حق النص على رجعية القوانين ، الا فيما يحقق مصلحة للجماعة يهون فى سبيل تحقيقها الاخلال باستقرار المعاملات .

وايا ما كان الامر ، فهذا الاستثناء ليس مطلقا ، اذ المشرع مقيد بمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق بالقوانين الجنائية • فلا يملك النص صراحة - فى تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة - على رجعية هذا التشريع والعقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال • وهذا هو المقرر فى القانون المصرى كذلك كما سلفت الإشارة •

(٢) **القوانين الجنائية الأصلح للمتهم** : استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، تنسحب القوانين الجنائية الجديدة على الماضى فتحكم ما ارتكب قبل نفاذها من جرائم أصلح للمتهم ، بأن كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقاب • ذلك أن حق الجماعة فى تقرير الجرائم والعقاب عليها مرتتهن بالصالح العام ، فاذا اقتضى هذا الصالح من بعد محو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فهو يقتضى كذلك افادة من ارتكبها فى ظل القانون القديم من المحو أو التخفيف • وسنرى من بعد أن افادة المجرم أو المتهم مما يصدر بعد ارتكابه الجرم من قوانين جنائية أصلح له ، أمر مقرر فى القانون المصرى (م ٢/٥ و ٣ عقوبات) .

(٣) **القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب** : لئن كان المبدأ أن سريان القانون الجديد مشروط بعدم المساس بالحقوق المكتسبة فى ظل القانون القديم ، فاستثناء من ذلك يسرى القانون الجديد على الماضى فيمس الحقوق المكتسبة اذا كان متعلقا بالنظام العام أو الآداب . فقواعد النظام العام والآداب قواعد أمرة

لا تجوز مخالفتها أو الوقوف في سبيل سريانها احتجاجا بحق مكتسب ، ولذلك تعتبر القوانين المتعلقة بالنظام العام والاداب - عند النظرية التقليدية - قوانين رجعية خروجاً على مبدأ عدم رجعية القوانين (١) .

ومن تطبيقات هذا الاستثناء (٢) - عند أنصار النظرية التقليدية - القوانين الخاصة بتعديل سن الرشد ، فهي عندهم قوانين ذات أثر رجعي لتعلقها بالنظام العام . فإذا صدر قانون برفع سن الرشد ، فهو يسرى فوراً على كل الأشخاص الذين لم يبلغوا بعد عند نفاذه هذه السن الجديدة . فيعتبرون قاصرين ابتداء من يوم نفاذه ، رغم سبق اعتبارهم راشدين في حكم القانون القديم .

وكذلك الحال في قوانين الغاء الرق ، فهي لتعلقها بالنظام العام - تنسحب على الماضي ، فيتحرر كل الرقيق الموجود فور نفاذها ، رغم ما في ذلك من مساس بما للمالكين عليهم من حقوق مكتسبة . وكذلك الحال في القوانين التي تحرم الطلاق ، فإنها - لتعلقها بالنظام العام - تسرى على من تزوجوا قبل نفاذها ، رغم ما في ذلك من مساس بما كان لهؤلاء من حق مكتسب في الطلاق .

غير أن بعض أنصار النظرية التقليدية لا يطلقون هذا الاستثناء ، بل يحدون منه على أساس حصر النظام العام الذي يبرر رجعية القوانين المتعلقة به في نطاق محدود من نطاقه العادي المعروف (٣) . وبذلك يوجدون - في صدد

(١) انظر في الإشارة الى رجعية هذه القوانين في منطق النظرية التقليدية :

Roubier, op. cit., t II, No. 87, pp. 109, 111

(٢) انظر في الإخذ بهذا الاستثناء في القانون المصري :

عبد الرزاق السنهوري وحشيت أبو ستيت ، فقرة ١٥٥ .

(٣) انظر في الإشارة الى هذا الرأي وانصاره :

Roubier, op. cit., t. II, No. 87, pp. 109, 110

ويذهب كذلك أستاذنا السنهوري وأبو ستيت الى الحد من هذا الاستثناء . فيها ان كتابا يطلقانه في صدد قوانين الأحوال الشخصية المتعلقة بالنظام العام ، الا انها يحدان منه في صدد ما يتعلق بالنظام العام من قوانين المعاملات ، فيفرقان بين « النصوص التي يقصد منها حماية مصلحة عامة - كالقانون الذي يعطي للأوراق المصرفية سعراً جبرياً - ... فإنها تسرى على العقود التي تمت قبل صدوره والتي اشترط فيها على الدين الدفع بالذهب ، وبين النصوص المعبرة من النظام العام والتي تصي مصالح خاصة - كالقانون الذي يخفف الحد الأقصى للنفقة - فإنها لا تؤثر في العقود التي تمت قبل صدورها ، بل تظل خاضعة للقانون القديم » (عبد الرزاق السنهوري وحشيت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٥ ، ص ١٩٨ و ١٩٩) .

صدد التنازع الزماتى بين القوانين — نوعا فرعيا من النظام العام له نطاق خاص محدود .

(٤) **القوانين التفسيرية** : يحدث أحيانا أن تختلف المحاكم على تفسير تشريع معين اختلافا كبيرا أو تأخذ فى تفسيره بمعنى لم يكن يقصده المشرع ، فلا يرى المشرع مناصا من التدخل بنفسه وإصدار تشريع جديد يفسر به الحكم الوارد فى التشريع الاول . وحينئذ يسرى التشريع الثانى ، أى التشريع التفسيرى ، على الوقائع التى حدثت قبل صدوره فى ظل التشريع الاول ، استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن التشريع الثانى ، بما يتضمن من تفسير التشريع الاول ، يعتبر جزءا منه ، فيكون طبيعيا إذن أن يمتد الى حكم الوقائع التى حدثت فى ظل التشريع الاول (١) ، فيلتزم القضاء بتطبيقه فى الدعاوى التى ما زالت منظورة أمامه بشأنها ، أما الدعاوى التى سبق الفصل فيها — قبل صدور التشريع التفسيرى — بأحكام نهائية ، فيمتنع تطبيقه عليها من بعد ، أمام قوة الامر المقضى ، حتى ولو كانت هذه الاحكام قد أخذت بتفسير مخالف .

ويبدو أن أنصار النظرية التقليدية لا يفرقون فى صدد هذا الاستثناء بين ما يقصد به من التشريعات التفسير حقيقة وبين ما يتخذ منها تحت ستار التفسير وسيلة الى تغيير أو تعديل احكام تشريعات سابقة ، مادام المشرع يصنفها بالصفة التفسيرية ، اذ هو يظهر بذلك ارادته فى رجعيتهما ، وهو يملك فرض الرجعية اذا شاء (٢) .

١٩١ — تقدير النظرية التقليدية

تلك هى النظرية التقليدية فى حل التنازع الزماتى بين القواعد القانونية على أساس مبدأ عدم الرجعية وفهم معنى الرجعية على أنه المساس بحق مكتسب . وقد لاقت هذه النظرية رواجا كبيرا فى الفقه والقضاء طوال القرن الماضى فى

(١) انظر فى الإشارة الى تبرير النظرية التقليدية لهذا الاستثناء على هذا الأساس :
Roublier, op. cit., t. I, No. 58, p. 468.
Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, pp. 108 - 110, et note (10) (٢)

فرنسا ، حتى بدت حينذاك كأنها من المسلمات ، بل ومزال أثرها ملموسا الى اليوم فى احكام القضاء — رغم تخطى الفقه الحديث عنها — حيث لا تزال ترد اصطلاحات « الحق المكتسب » و « مجرد الأمل » .

غير ان الواقع أن هذه النظرية لا توفق فى اعطاء معيار محكم لمعنى الرجعية . فمعيار « الحق المكتسب » الذى ترى فى المساس به رجعية من جانب القانون الجديد ، معيار مبهم كل الإبهام لا يفصح فى جلاء عن معنى الرجعية . ولذلك تضاربت آراء أنصارها حول تعريفه ، حتى انتهى الامر الى أن تغدو فكرة « الحق المكتسب » مجرد حيلة لمنع سريان القانون الجديد على ما يراد سلفا عدم المساس به (١) .

والأخذ بمعيار « الحق المكتسب » ينتهى كذلك الى نتائج غير مقبولة (٢) . اذ منطق تقرير مبدأ عدم الرجعية وفهمه على أنه عدم المساس بالحقوق المكتسبة ، يقود الى القول بأن القوانين الجديدة لا تملك المساس بأى حق من الحقوق القائمة من قبل أو إلغاءها أو تعديلها ، فلا تملك مثلا — بتعديل نظام الملكية — تطبيقه على الملكيات القائمة والا كانت رجعية . وتلك نتيجة غير معقولة اذ القانون لا يكفل الى الأبد الإبقاء على الحقوق أو استعمالها مؤبدا بوضعها القائم (٣) ، فضلا عما فيها من سد الباب أمام كل اصلاح مستقبلي (٤) .

وفضلا عن عجز معيار الحق المكتسب الذى تعطيه هذه النظرية نراها تخلط خلطا كبيرا بين الأثر الرجعى والأثر المباشر للقانون الجديد . فثم سريان لقوانين جديدة يعتبر فى منطق هذه النظرية تطبيقا رجعيا لها فى حين أن

(١) انظر فى ذلك :

Roubier, op. cit., t. I, No. 36, pp. 323, 324

(٢) انظر فيما يودى اليه التمسك بمعيار الحق المكتسب من نتائج غير معقولة فى مصدر المراكز القانونية التى يدركها القانون الجديد وهى ما تزال فى دور التكوين بالنسبة لما تم من عناصر هذا التكوين فى ظل القانون القديم :

Roubier, op. cit., t. I, No. 36, p. 326.

(٣) بقائنا مالف الذكر ، ص ١٠٢ — ١٠٣ .

Aipert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 285.

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 106, p. 173. (٤)

لا رجعية في الامر ، اذ لا يعدو سريتها ان يكون تطبيقا مباشرا لا يرجع الى الوراء وانما يبتدىء من يوم نفاذها .

فالنظرية التقليدية ترى مثلاً في تطبيق القانون القاضي بتحريم الرق على كل من يملك رقيقاً وقت نفاذه وفي تطبيق القانون القاضي برفع سن الرشد على من كانوا راشدين في ظل القانون القديم ما داموا لم يبلغوا السن الجديدة بعد ، أمثلة من التطبيق الرجعي للقانون الجديد ، أي أمثلة من الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية يبرر على أساس تعلق هذه القوانين بالنظام العام . وذلك وهم خاطيء . فسيان القانون الجديد في الحالين ، انما هو سريان مباشر لا سريان رجعي ، لأنه سريان لا يتعرض للماضي فينقض ما تم فيه ، وانما يتعرض للمستقبل وحده فيطبق القانون الجديد ابتداء من يوم نفاذه فحسب (١) .

والخطأ بين الاثر الرجعي والاثـر المباشر على هذا النحو ، هو الذي دفع النظرية التقليدية الى اعتبار القوانين المتعلقة بالنظام العام قوانين رجعية استثناء من مبدأ عدم الرجعية . وهو استثناء لم تكن بحاجة الى تقريره ، لو انها بصرت بالفيصل الفارق بين الاثر الرجعي والاثـر المباشر للقانون الجديد (٢) . فأكثر القوانين التي تراها هذه النظرية رجعية وتبيح رجعيتهـا استثناء ، هي في حقيقتها قوانين تسرى باثر مباشر فتنال ما يقع في ظلها ابتداء من يوم نفاذها دون تعقيب أو رجوع فيما تم قبل هذا النفاذ .

(١) مقالنا سلف الذكر ، ص ١٠٣ و ١٠٤ .

(٢) ولو كان مثل هذا الاستثناء واجباً ، لانتهى الامر — في غير دائرة المقود — حيث قوانين النظام العام كثيرة ، الى اعتبار هذه الكثرة من القوانين رجعية فيما يتناولها في الحقيقة سلطاتها المباشر ، ولما كان مغموها حينئذ رفض رجعية القوانين الجنائية كبداً أساسي مسلم وهي في ظليمة القوانين المتعلقة بالنظام العام . وهذا ما حدا ببعض انصار هذه النظرية — كما سبق القول — الى أن يحدوا من مضمون « النظام العام » الذي تجوز رجعية القوانين المتعلقة به استثناء ، على غير أساس قانوني أو منطقي معقول .

ثانيا - نظرية ديغى (١) فى التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية

١٩٢ - تمهيد :

يرى « ديغى » أن اصطناع التفرقة التقليدية بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ، قد أسهم الى حد كبير فى تضخيم صعوبات تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين ، وأن مثل هذه الصعوبات ما كانت لتثور لو أطرحت فكرة الحقوق المكتسبة ولو فهم أن القوانين فى خطابها للأفراد انما تواجه أعمالا (actes) او مراكز (Situations) ، وأنه يجب لتحديد مدى تطبيقها فى الزمان التمييز فى شأنها بين ما تواجهه من هذه أو تلك (٢) .

١٩٣ - القوانين المتعلقة بالأعمال

يرى « ديغى » أن حل التنازع الزمانى بين القوانين المتعلقة بالأعمال حل بديهى ويسير لا يحتمل الخلاف . فكل عمل — سواء كان ماديا أو قانونيا — يحكم منطقا بالقانون الذى حدث فى ظله ويظل محكوما بمثل هذا القانون وحده فلا يتأثر بنى تعديل قد يرد على هذا القانون من بعد (٣) .

وأهم تطبيق لهذا الحل هو أن القانون المنشئ لجريمة جديدة ، لا يجوز — والا كان رجعيا — العقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها طبقا للقانون السائد حينئذ .

والتصرفات القانونية التى تمت أو أبرمت طبقا لشروط القانون السائد وقت تمامها أو ابرامها ، تظل صحيحة دون أن يستتبع بطلانها صدور قانون جديد يتطلب شروط صحة جديدة . ولذلك فإن العبرة فى صحة الوصية تكون بالقانون الذى حررت فى ظله ، لا بالقانون الذى توفى الوصى فى ظله (٤) .

(١) راجع فى ذلك :

Duguit, op. cit., t. II, Nos. 21, 21 a, pp. 228 - 267.

Duguit, op. cit., t. II, No. 21, p. 231. (٢)

Duguit, Ibid. (٣)

Duguit, op. cit., No. 21, p. 235. (٤)

١٩٤ - القوانين المتعلقة بالمراكز القانونية

سبق ان اشرنا الى المنهاج التجريبي الذي أراد « ديجي » اخضاع القانون له ، وهو المنهاج الذي تأدى به الى انكار كثير من الاسس القانونية التقليدية وفي طلبيتها فكرة الحق . وسوف نبسط القول من بعد في شأن انكار هذه الفكرة . ولكن يعني في هذا المقام ان « ديجي » خلص من انكار وجود ما يسمى بالحق الى القول بان كل ما هنالك هو ان الافراد يخضعون للقانون ، وان نتيجة هذا الخضوع هي وجود كل منهم في مركز قانوني معين ، اذ القانون ينشئ دعاوى أو وسائل قانونية معينة تهدف — بالحد من بعض الاعمال — الى كفالة مزايا لبعض الافراد ، مما يضع هؤلاء الافراد في مركز قانوني معين ، دون ان يصح وصفهم لذلك بأنهم أصحاب حقوق كما كان يذهب الفقه التقليدي (١) .

ومن فكرة « المركز القانوني يستخرج « ديجي » الاصول التي يراها كفيلة بحل التنازع بين القوانين في الزمان وهو يفرق في هذا الصدد بين نوعين من المراكز القانونية : المراكز الموضوعية ، والمراكز الشخصية . ويرى الرجعية منحصرة في المساس بالمراكز الثانية دون الاولى .

(١) **التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية** : يرى « ديجي » أن المراكز القانونية التي يوجد الافراد فيها اما « مراكز موضوعية » (Situations objectives) واما مراكز شخصية (Situations subjectives) ويقصد « ديجي » بالمراكز القانونية الموضوعية تلك التي تستمد من القانون مباشرة بحيث يستقل وحده بتحديد نطاقها ومدائها . واما المراكز القانونية الشخصية فتتولد مباشرة عن الارادة وتتحدد بها . واختلاف المصدر على هذا النحو ، هو الذي يعين خصائص ما يولده أو ينشئه من مراكز .

فلكون المراكز القانونية الموضوعية تستمد من القانون مباشرة وتتحدد به، فانها تكتسب نفس صفاته وخصائصه من العموم والدوام والحجة في مواجهة

الكافة . وبذلك تواجه هذه المراكز صفات معينة لا اشخاصا معينين ، وتكون كالقانون مصدرها دائمة ، بمعنى أنها لا تنقضى بالقيام بعمل من الاعمال التي يبيحها القانون كمظهر لها . ومن أمثلة هذه المراكز الموضوعية : مركز الناخب ، ومركز الموظف ، ومركز المالك ، ومركز الزوج ، ومركز الابن الشرعى (١) .

اما المراكز القانونية الشخصية ، فلكونها تنشأ وتتولد عن الإرادة مباشرة فانها تكون خاصة ومؤقتة . فهي خاصة بمعنى أنه لا يستطيع أن يدعيها الا شخص أو اشخاص معينون فرديا بالذات ، ولا تنتج اثرها الا في مواجهة شخص أو اشخاص معينين كذلك فرديا بالذات . وهى مؤقتة بمعنى أنه اذا تم الفعل المتعلق بها وسلكت وسيلة الدعوى التى تحميها ، فانها تزول دون أن تخلف أثرا أو تترك ثم مجالا لدعوى جديدة . والمثل البارز على هذه المراكز ، المراكز القانونية المتولدة عن العقد . ومن قبيل المراكز القانونية الشخصية كذلك المراكز المتولدة عن الإرادة المنفردة ، مثل المراكز المتولدة عن إرصادى خاص (٢) .

(٢) الرجعية تنحصر فى المساس بمركز قانونى شخصى لا موضوعى
على ضوء التفرقة المتقدمة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الشخصية ، يبنى « ديجى » نظريته فى حل التنازع بين القوانين فى الزمان ، فيذهب الى أن القوانين الجديدة لا تملك — والا كانت رجعية — المساس بالمراكز القانونية الشخصية ، بينما تملك دائما — دون أن تعتبر رجعية — المساس بالمراكز القانونية الموضوعية القائمة (٣) .

واعتبار مساس القانون الجديد بمركز قانونى شخصى من قبيل الرجعية ، انما يقوم على أساس أن مثل هذا المركز انما يتحدد نطاقه ومداه استقلالاً عن

Duguit, op. cit., t. I, No. 29, pp. 308-312. (١)

Duguit, op. cit., t. I, No. 29, pp. 312-314. (٢)

Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, p. 238. (٣)

القانون بتصرف ارادى فردى صحيح ومشروع وقت ابرامه . فيكون فى تمكين قانون جديد من تعديل مثل هذا المركز الشخصى الموجود من قبل مساسا بالتالى بالتصرف القانونى الذى ولده وفق القانون السائد وقت ابرامه ، ولا سلطان للقوانين الجديدة — والا كانت رجعية — على ما حدث قبل نفاذها من اعمال مادية كانت أو قانونية . فالقانون الجديد لا يملك اذن المساس بالمراكز القانونية الشخصية القائمة (١) ، لانه لا يملك — دون رجعية — المساس بما ولدها وحددها من تصرفات ارادية سابقة على نفاذه (٢) .

وعلى العكس من ذلك لا يعتبر القانون الجديد رجعيا اذا مس مركزا قانونيا موضوعيا قائما ، لان هذا المركز انما يتحدد نطاقه ومداه بالقانون مباشرة ، بحيث يكاد يعتبر هو القانون نفسه من حيث تطبيقه ، فيكون من الطبيعى تأثره بكل تعديل يصيب القانون .

وعلى ذلك ، فالقوانين المعدلة للحاله وأهلية الاشخاص تنطبق حتى على الاشخاص الذين اكتسبوا هذه الحالة أو تلك الاهلية قبل نفاذها ولو كان اكتسابهم لها نتيجة عمل ارادى . فالقانون الذى يعدل حالة التجنس ، ينطبق — دون أن يعتبر رجعيا — حتى على الاشخاص المتجنسين قبل نفاذه . ولكن من الواضح أن المركز القانونى القائم لا يمسه التعديل الا من يوم نفاذ القانون الجديد (٣) .

والقوانين التى تعدل شروط التمتع بحق الانتخاب والترشيح ومباشرتهما تنطبق — دون رجعية — على الاشخاص المكتسبين من قبل نفاذها مثل هذه الحقوق ، فهم فى مركز قانونى موضوعى يمكن تعديله أو الغاؤه فى أية لحظة بقانون جديد (٤) .

(١) راجع فى تطبيقات هذا المبدأ :

Duguit, op. cit., t. V, No. 26, pp. 308 - 327.

Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, pp. 238, 239. (٢)

Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, p. 241. (٣)

Duguit, op. cit., p. 244. (٤)

وكذلك فالقوانين التى تعدل نظام الزواج تنطبق — دون أن يكون لها أثر رجعى — على كل المتزوجين حتى ولو كانوا متزوجين قبل نفاذها ، كما هو الشأن فى قانون يبيح الطلاق بعد تحريره أو يتوسع فى أسباب الطلاق ؛ لأن حالة الأشخاص المتزوجين مركز موضوعى متفرع عن القانون لا عن عقد الزواج الذى لم يكن الا شرطا لتطبيق القانون على الأزواج (١) .

والقوانين المتعلقة بنظام الملكية والحقوق العينية تنطبق — دون رجعية — على كل الملكيات والحقوق العينية وقت نفاذها ، حتى ولو كانت متولدة نتيجة تصرفات قانونية مبرمة فى الماضى . ولذلك فالقانون الجديد الذى يعدل مدة التقادم المكسب للملكية ينطبق حتى على أحوال التقادم الذى ابتدأ جريانه فى ظل القانون القديم ، لأنه يعتبر قانونا معدلا لنظام الملكية (٢) .

والقوانين التى تحكم مركز واختصاص الموظفين والمحاكم تنطبق على كل الموظفين حتى المعينين منهم قبل نفاذها ، وعلى كل المحاكم حتى المنشأة منها قبل هذا النفاذ (٣) .

١٩٥ — تقدير نظرية « ديجى » (٤)

يجب الاعتراف بأن نظرية « ديجى » تفضل النظرية التقليدية وتعتبر تقدما ملحوظا فى التاصيل الفقهى لمشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان . ولكن ذلك لا ينفى الغموض عن هذه النظرية فيما تتخذه أساسا لحل هذه المشكلة من التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الشخصية . نراعى من ناحية ، أن الصفات التى تقول هذه النظرية باختلافها فى النوعين من المراكز القانونية ليست كلها صحيحة ، فليس صحيحا القول بصفة مطلقة أن المراكز القانونية الموضوعية دائمة بينما المراكز القانونية

Duguit, op. cit., p. 246. (١)

Duguit, op. cit., p. 249. (٢)

Duguit, op. cit., p. 250. (٣)

(٤) أنظر فى تفصيل نقد هذه النظرية خاصة :

Roubier, op. cit., t. I, No. 39, pp. 346 - 358; No. 69, pp. 588 - 591.

وانظر كذلك :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 106, p. 175.

الشخصية موقوتة (١) . ويراعى من ناحية ثانية ، أنه ليس صحيحا القول بأن المراكز الموضوعية تصدر مباشرة عن القانون ، إذ القانون إنما يقتصر على تحديد المراكز القانونية بصفة مجردة ، ولكن لا بد — لكى تتحقق هذه المراكز المجردة واقعا — من تدخل وقائع قانونية معينة من فعل الطبيعة أو فعل الانسان (٢) ، وهذا ما لبث أن أدركه « ديجى » وحاول تفاديه عن طريق القول بأن هذه الوقائع تكون شرطا لتطبيق القانون فيما يحدده من مراكز .

ولذلك نأذا كانت هذه النظرية تجعل فى الظاهر معيار التفرقة بين المراكز الموضوعية والشخصية هو المصدر الذى يولد ويحدد كلا من النوعين من المراكز ، فحيث يكون هو القانون يكون المركز موضوعيا ، وحيث يكون هو الإرادة يكون المركز شخصيا ، إلا أنها فى الحقيقة لا تعند بهذا المعيار بقدر ما تعند بالصفة الفردية الخاصة الموقوتة أو بالصفة العامة الدائمة للمركز القانونى . وهنا تبدو عدم دقة التفرقة ، إذ ثمة مراكز قانونية تكون لها الصفة الخاصة الموقوتة ، كمركز محدث الفعل الضار ، ومع ذلك لا تعتبر عند هذه النظرية مراكز قانونية شخصية بل مراكز قانونية موضوعية . وفى اعتبارها كذلك ، ما يجعل للقانون الجديد — دون وصفه بالرجعية — سريانا عليها ومساسا بها ، رغم ما فى ذلك من تناقض مع ما تقدمه هذه النظرية من أن الأفعال والأعمال تحكم بالقانون الذى تحدث فى ظله بحيث لا يملك القانون — دون رجعية — المساس بما حدث قبل نفاذه منها . وهذا يكشف عن عدم وجود فاصل دقيق — عند هذه النظرية — بين الأعمال وبين ما يتولد عنها من مراكز قانونية .

وكذلك فإن هذه النظرية تكاد تهدر ما تقرره من ضرورة احترام القانون الجديد للمراكز الشخصية ، حينما تعتبر الدعاوى التى تحمى هذه المراكز مجرد خلق من صنع المشرع بحيث تخضع دائما لى تعديل قد يأتى به (٣) .

Roubier, op. cit., t. I, No 39, pp. 349, 350 (١)

Roubier, op. cit., p. 350 (٢)

Roubier, op. cit., t. I, note (1) pp. 353, 354. (٣)

ثالثا — النظرية الحديثة

في التفرقة بين الاثر الرجعى والاثر المباشر (١)

١٩٦ — تمهيد

على اساس البصر بالتمييز بين الاثر الرجعى والاثر المباشر للقاعدة القانونية ، قامت نظرية جديدة لقيت وما زالت تلقى فى الفقه رواجاً كبيراً بعد أن تخلّى الجانب الاكبر منه عن تاييد النظرية التقليدية ، دون أن ينحاز الى نظرية « ديجى » . وقد كان للفقهاء الفرنسى الكبير « روبيه » فضل كبير فى بسط هذه النظرية والدعوة اليها فى كتابه القيم من جزئين عن تنازع القوانين فى الزمان « (٢) » . وسنعمد آراءه فى ايضاح هذه النظرية — وان كانت تختلف فى شأن بعض التفاصيل الجزئية عن آراء بعض أنصارها الاخرين — اذ يبقى جوهر النظرية واحداً هو التفرقة بين الاثر الرجعى والاثر المباشر للقانون الجديد .

ونقطة البدء عند هذه النظرية أن القانون الجديد له اثر مباشر أى يسرى ابتداء من يوم نفاذه ، وليس له اثر رجعى ، أى لا يسرى على ما يسبق يوم نفاذه . فسريران القانون الجديد فى الزمان اثن لهوجهان : وجه سلبى هو انعدام اثره الرجعى ، ووجه ايجابى هو اثره المباشر . فنتكلم أولاً فى الوجه السلبى لسريان القانون الجديد فى الزمان ، ثم فى وجهه الايجابى .

(١) راجع فى ذلك مصفة خاصة :

Roubier, Les conflits de lois dans le temps, 2 vol., 1929 - 1933.

وانظر كذلك :

Colin, Capitaint et De La Morandièrè, op. cit., t. I, Nos. 48 - 62 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 106 - 109. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 278 - 315.

(٢) أنظر فى الاشارة الى هذا الكتاب الهامش السابق .

وتد لصدر المؤلف أخيراً طبعة ثنية مكررة لهذا الكتاب بعنوان :

Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps), 1960

ولكن اشاراتنا سوف تنصرف أساساً الى الطبعة الاولى للكتاب بجزئيه .

§ ١ - انعدام الاثر الرجعى للقانون الجديد

١٩٧ - القاعدة هى عدم الرجعية

المبدأ أن القانون الجديد ليس له أثر رجعى ، بمعنى أنه لا يرجع فيما تم فى ظل الماضى . فهو لا يملك اعادة النظر فيما تم فى ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء « مركز قانونى » (Situation juridique) (١) أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو من ترتب آثار معينة على مركز قانونى . فالعبرة اذن هى بمعرفة تاريخ تكون أو انقضاء المركز القانونى أو توافر ما اجتمع من عناصر هذا التكون أو الانقضاء ، أو تاريخ ترتب الاثار عليه . فان كان المركز القانونى قد تكون أو انقضى أو توافرت بعض عناصر تكونه أو انقضائه فى ظل القانون القديم ، فلا يمس القانون الجديد هذا التكوين أو ذلك الانقضاء أو تلك العناصر ، والا كان رجعيا . وان كانت الاثار المتولدة من مركز قانونى قد ترتبت قبل نفاذ القانون الجديد ، فلا تاتى للقانون الجديد عليها ، اذ ليس له أثر رجعى . ونفصل ذلك فيما يلى :

(١) تكوين أو انقضاء المراكز القانونية : نفرق فى ذلك بين حالتين :

١ - لا تسرى القوانين المتعلقة بشروط تكوين أو انقضاء المراكز القانونية على المراكز القانونية التى تكونت أو انقضت فعلا قبل نفاذها ، فمن الرجعية أن ينقض القانون الجديد ما تم قبل نفاذه من تكون أو انقضاء صحيح لمركز من المراكز القانونية (٢) .

ومن هنا ، فالتصرفات القانونية التى أبرمت مثلا عرفيه فى ظل قانون لا يشترط الرسمية ، يظل ابرامها صحيحا رغم صدور قانون يخضعها للشكل الرسمى . واكتساب الملكية الذى تم - فى ظل قانون معين بمضى مدة وضع

(١) يفضل الأسناذ « روبيه » اصطلاح « المركز القانونى » على غيره من الاصطلاحات . اذ يراه أوسعها جبيما فى هذا الصدد . فهو أفضل عنده من اصطلاح « الحق المكتسب » الذى الصفة الشخصية الظاهرة ، بما يتيح صرفه الى مثل مركز القاصر والمحجور . وهو أفضل عنده كذلك من اصطلاح « الرابطة القانونية » (rapport juridique) الذى يعنى عادة وجود علاقة مباشرة بين شخصين ، اذ قد يكون المركز القانونى منفردا وحجه فى مواجهة الكافة .
(Roubier, op. cit., t. I, No. 42, p. 378)

Roubier, op. cit., t. I, No. 44, pp. 385, 389. (٢)

اليد المقررة فيه ، لا ينقضى صدور قانون جديد بعد ذلك يطيل هذه المدة (١) .
وانقضاء دين في ظل قانون معين بمضى مدة التقادم المقررة فيه ، لا يؤثر فيه
صدور قانون بعد ذلك يطيل هذه المدة .

٢ — اما اذا كانت المراكز القانونية تحتاج الى وقت طويل للتكوين او
الانقضاء ، او كانت تحتاج في ذلك الى اجتماع عدة عناصر لا تكتمل في وقت
واحد عادة ، وصدر قانون جديد يعدل من شروط التكوين أو الانقضاء قبل
تاممه ، فلا يملك القانون الجديد — والا صار رجعيا — اعادة النظر فى عناصر
التكوين أو الانقضاء التى اجتمعت وتوافرت فعلا فى ظل القانون القديم .

فالمركز القانونى الناشئ عن الوصية مثلا ، لا يتكون الا باجتماع عنصرين ،
ابرام الوصية من ناحية ، و وفاة الموصى من ناحية أخرى . فاذا صدر قانون
جديد بعد ابرام الوصية وقبل وفاة الموصى ، فلا يمس هذا القانون ما تم من
ابرام الوصية والا كان ذا اثر رجعى ، لان ابرام الوصية قد تم فى ظل القانون
القديم ، فيرجع اليه وحده فى شان صحة ابرامها ، أى فى شان صحة صدورهما
فى الشكل القانونى وتوافر الاهلية اللازمة فى الموصى . أما ما عدا ذلك
فيخضع للقانون الجديد تطبيقا لاثره المباشر ، لان تكوين المركز القانونى
الناشئ عن الوصية لم يتم — رغم ابرامها فى ظل القانون القديم — الا بموت
الموصى الذى حدث فى ظل القانون الجديد ، ومن هنا يرجع فى تقدير النصاب
الجائز فيه الايصاء مثلا الى القانون الجديد ، فاذا كانت الوصية بنصف
التركة — وهو النصاب القانونى للايصاء طبقا للقانون القديم الذى أبرمت فى
ظله الوصية — لم تنفذ الا فى الثلث ، اذا كان القانون الجديد يحدد نصاب
الايصاء بثلث التركة (٢) .

وفى التقادم مثلا — وهو يحتاج الى مدة طويلة — لا يسرى القانون الجديد ،
الذى يصدر بعد بدئه وقبل تمامه ، على ما يجتمع فى ظل القانون القديم من

Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 385. (١)

Roubier, op. cit., t. I, No. 45, p. 388. (٢)

العناصر التى تهتم تكوينه وتكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة (١) . ولذلك يكون المرجع فى شأن ما يحدث قبل نفاذ القانون الجديد من قطع أو وقف للتقادم الى القانون القديم الذى تم القطع أو الوقف فى ظله (٢) . ومن هنا فالقانون الجديد - رغم عدم تمام تكوينه أو انقضاء المركز القانونى الا فى ظله - لا يملك ازاء انعدام أثره الرجعى ، الا التسليم بالعناصر التى تهتم هذا التكوين أو الانقضاء كما توافرت واجتمعت فعلا فى ظل القانون القديم .

(٢) **ترتب الآثار القانونية :** تسرى القوانين المتعلقة بآثار مركز قانونى على ما ترتب من آثار قبل نفاذها أى فى ظل القانون القديم . فإذا كانت الملكية تنتقل بمجرد العقد ، ثم صدر قانون يعلق انتقالها على تسجيل العقد ، فهذا القانون لا يسرى على العقود التى أبرمت قبل نفاذه ، ولا يمس الآثار التى ترتبت عليها ، أى لا يمس ما حصل فعلا من انتقال الملكية فى ظل القانون القديم . وإذا كان الطلاق جائزا ، ثم صدر قانون بتحريمه ، فلا تأثير لهذا القانون على ما وقع من طلاق قبل نفاذه ، ولا على ما ترتب على هذا الطلاق فى ظل القانون القديم من انحلال الزواج .

أما الآثار التى تستمر وقتا طويلا ، فما تم منها فى ظل القانون القديم لاتأثير للقانون الجديد عليه لانه لا يملك الرجوع فيها تم، ومالم يتم منها فى ظل القانون القديم يخضعه القانون الجديد لآثره المباشر فلا يعتبر ذلك رجعية منه . فالطلاق مثلا تترتب عليه بعض آثار تستمر وقتا طويلا كالنفقة وحضانة الاولاد . فإذا صدر قانون جديد يعدل من هذه الآثار ، فلا تأثير له على ما استحق فعلا من نفقة للمطلقة ولا على ماتم فعلا من حضانة الاولاد فى ظل القانون القديم . انما يسرى القانون الجديد على النفقة والحضانة ابتداء من وقت نفاذه ، أى يسرى على كل طلاق صدر فى ظل القانون القديم ما دامت

(١) ولذلك فإن مدة التقادم التى ابتدا جريعتها فى ظل قانون معين ولكن دون أن تكتمل ، لا تكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة إذ لا تثبت لها مثل هذه القيمة الا عند تباعها ، ولذلك يملك القتون دائما - دون رجعية - تعديلها قبل تباعها (انظر :

Roubier, op. cit., t. I, No. 45, pp. 390, 391.

Roubier, op. cit., No. 45, p. 389. (٢)

آثاره المتعلقة بالنفقة والحضانة لم تستنفذ بعد بل ما زالت مستمرة في ظل القانون الجديد . وليس في هذا السريان أى أثر رجعى ، لان القانون الجديد لا يعيد النظر فيما تم في الماضي من طلاق وانحلال للزواج ، ولا فيما ترتب على ذلك من آثار في ظل القانون القديم أى فيما استحق من نفقة وتم فعلا من حضانة ، وانما يكون لهذا السريان أثر مباشر لانه ينسحب فقط على ما يترتب من هذه الآثار بعد نفاذه (١) .

١٩٨ - استثناءات عدم الرجعية

المبدأ اذن أنه ليس للقانون الجديد أثر رجعى ، أى ليس له أثر على ما تم في ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء مركز قانونى أو ما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولا على ما ترتب فى ظل القانون القديم من آثار متولدة من مركز قانونى .

ولا يرد استثناء على هذا المبدأ الا حيث ينص المشرع صراحة على الرجعية ، وحيث يكون القانون الجديد تفسيريا (٢) . وفي هذين الاستثناءين تتفق النظرية الحديثة مع النظرية التقليدية .

غير أن النظرية الحديثة لا تسلم بالاستثناءين الآخرين اللذين توردتهما النظرية التقليدية على مبدأ عدم الرجعية . فهى لا تقر رجعية القوانين المتعلقة بالنظام العام والاداب ، خاصة وأن من أهم هذه القوانين القوانين الجنائية التى ينعقد الاجماع على تحريم رجوعيتها كتاعدة عامة (٣) .

وهى لا تقر كذلك اعتبار سريان القوانين الجنائية الاصلح للمتهم — على ما يتبع قبل نفاذها من أعمال — سريانا رجعيا . فالمرکز القانونى المترتب على الجرم

(١) Rouhier, op. cit., t. I, No. 47; t. II, No. 108, pp. 331, 332.

(٢) تبرر النظرية الحديثة رجعية القوانين التفسيرية على أساس مالها من صلة خاصة ناشئة من تحول المشرع فيها الى مجرد مفسر للقانون ، كالقاضي سواء بسواء . ولذلك يكون لهذه القوانين من الرجعية ما لتغير أحكام القضاء من رجعية ومن مدى لهذه الرجعية ، أى تكون رجوعيتها بالنسبة لما لم يفصل فيه نهائيا من القضايا

Rouhier, op. cit., t. I, No. 58, pp. 472, 473.

Rouhier, op. cit., t. I, No. 63, pp. 529, 530; t. II, No. 87, pp. 109 - 115 (٣)

لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الجرم بل لابد من صدور حكم قضائي ولذلك اذا صدر قانون جديد — بعد ارتكاب الجرم وقبل صدور الحكم القضائي — بمحو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فيسرى هذا القانون بما له من اثر مباشر ، لان الجرم — ان كان قد ارتكب في ظل القانون القديم — الا ان المركز القانوني الناشئ عنه لا يتم تكوينه الا في ظل القانون الجديد (١) .

§ ٢ — الاثر المباشر للقانون الجديد

١٩٩ — ضرورة اكمال مبدأ عدم رجعية القانون الجديد بمبدأ اثره المباشر ترى النظرية الحديثة أنه اذا كان من المقرر أن القانون الجديد ليس له أثر رجعي (effet rétroactif) أى لا يمس ما تم فى الماضى ، فمن الخطا الاقتصار — كما تفعل النظرية التقليدية — على مجرد تقرير هذا المبدأ ، اذ هو وحده لا يكفى لحل التنازع بين القوانين فى الزمان . فلو كان مبدأ عدم رجعية القانون الجديد يمنع سريانه على ما تم من مراكز وآثار قانونية فى ظل القانون القديم ، الا أنه لا يفيد فى بيان أى القانونين — القديم أو الجديد — هو الاولى بالتطبيق والسريان فى شأن المراكز القانونية الجارية ، أى فى شأن مايقع بعد نفاذ القانون الجديد ، ويكون مترتباً على ما تم فى ظل القانون القديم ، سواء لاستكمال تكوين أو انقضاء مركز قانونى أو لاستمرار ما ابتدأ فى الترتب من آثاره . لذلك ينبغى — الى جنب مبدأ عدم رجعية القانون الجديد — تقرير مبدأ اثره المباشر ، منعا لاستمرار القانون القديم فى السريان بعد نفاذ القانون الجديد ، أى تقرير مبدأ سريان القانون الجديد على كل ما يقع بعد نفاذه ، حتى ولو كان مترتباً على وقائع أو مراكز نشأت فى ظل القانون القديم (٢) .

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 129, pp. 543 - 549.

ويرى الأستاذ « روبيه » على العكس من ذلك أن القوانين الجنائية التى تنشئ جريمة جديدة أو تشدد العقاب على جريمة قائمة ، تكون رجعية اذا طبقت على افعال ارتكبت فى الماضى . ذلك أنه اذا كان للقانون الجديد دون رجعية سلطان على المصير المستقبلى لمركز قانونى جار بنعمه من التكوين أو بالتضييق من آثاره ، فانه لا يملك دون رجعية أن يجعل الجزء الذى توافر من هذا المركز فى الماضى منتجا لآثار لم يكن ينتجها فى ظل القانون القديم أو لآثار أقوى مما كان يستطيع انتاجها فيه (Roubier, op. cit., t. II, No. 129, p. 547).

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 65, pp. 547 - 557.

وتقرير مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو يؤدي الى تحقيق ما يقتضيه النظام فى الدولة من وحدة القانون المطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة ، ويتفادى ما يؤدي اليه المبدأ العكسى وهو مبدأ الاثر المستمر للقانون القديم من ازدواج او تعدد الانظمة القانونية فى حكم مراكز متماثلة (١) .

فالقانون الجديد اذن — بما له من اثر مباشر (effet immédiat) — تبدأ ولايته من يوم نفاذه ، ليس فقط على ما سوف ينشأ من مراكز قانونية فى ظله ، فذلك بديهى ، ولكن كذلك على المراكز القانونية التى بدأ تكوينها او انقضاؤها فى ظل القانون القديم ولم يتم هذا التكوين او الانقضاء الا فى ظل القانون الجديد ، وعلى الاثار المستقبلية لمركز قانونى سابق تكون او انقضى فى ظل القانون القديم ، اى على الاثار التى تترتب على هذا المركز ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد .

(١) تمام ما بدأ فى الماضى من تكون او انقضاء المراكز القانونية : يسرى القانون الجديد بمقتضى اثره المباشر على المراكز القانونية التى يتم تكوينها او انقضاؤها فى ظله ، وان كان هذا التكوين او الانقضاء قد بدأ فى ظل القانون القديم ، بمعنى ان القانون الجديد يكون له اثر مباشر على عناصر هذا التكوين او الانقضاء التى تتم فى ظله ، أما العناصر التى تمت فى ظل القانون القديم فلا يمسها القانون الجديد — كما سبق البيان — لانعدام اثره الرجعى .

ومن هنا فالقانون الذى يصدر بعد تحرير الوصية وقبل موت الموصى، يسرى بما له من اثر مباشر — اى باعتباره القانون الذى استحدثت فى ظله الوصية بموت الموصى بعد نفاذه — فى شأن صحة الوصية من حيث الموضوع اى من حيث القدر الجائز فيه الايصاء ومن حيث صحة الشروط التى تتضمنها الوصية مثلا ، ولكنه لا يسرى فى شأن صحة الوصية من حيث أهلية الموصى أو من حيث

الشكل ، لانها حررت منه في ظل القانون القديم فتكون محكومة من هذين الوجهين به .

والقانون الذى يصدر بعد بدء التقدم وقبل اكتماله ، هو الذى يسرى عليه بما له من اثر مباشر لان اكتمال التقدم يتم في ظله ، ولكن دون مساس بما توافر من عناصره في ظل القانون القديم . فيخضع التقدم الجارى اذن للقانون الجديد ، فتطول مدته عن المقرر فى القانون القديم ، ان أطيلت فى القانون الجديد (١) .

(٢) الآثار المستقبلية للمراكز القانونية الماضية : يسرى القانون الجديد

بمقتضى اثره المباشر على الآثار المستقبلية أى التى تقترب من وقت نفاذه على مراكز قانونية نشأت في الماضي . أما الآثار الماضية أى التى ترقبت فعلا على هذه المراكز فى ظل القانون القديم ، فقد قلنا ان القانون الجديد لا يملك المساس بها تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية .

فالقانون الجديد الذى يصدر معدلا لشروط نفقة المطلقة أو حضانة الاولاد ، يسرى بمقتضى اثره المباشر — كما سبقت الاشارة — على كل نفقة أو حضانة مستقبله مترتبة على طلاق صادر في ظل القانون القديم ، وأن يكن لاتاثير له على ما استحق من نفقة وتم من حضانة قبل نفاذه . والقانون الذى يحرم الطلاق يسرى بمقتضى اثره المباشر على كل زواج قائم عند بدء نفاذه أى على كل المتزوجين فى ظل القانون القديم ، وان كان لا يملك ابطال ما تم من طلاق قبل نفاذه .

والقانون الذى يصدر معدلا لنظام الملكية وآثارها ، يسرى بمقتضى اثره

(١) أما ان قصرت المدة في القانون الجديد ، فيرامى أن لا يؤدي سريان القانون الجديد الى اعتبار التقدم منهيا في ظل القانون القديم ، والا كان في ذلك رجعية من القانون الجديد ، أو الى اطالة مدة التعامل عن المدة الاطول المقررة في القانون القديم ، ما دام القانون الجديد يقصر المدة . ولذلك فالاصل أن يتم التقدم بانتهاء المدة الجديدة محسوبة ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد ، الا اذا كانت المدة المقررة في القانون القديم تكفل قبل تمام المدة الجديدة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد ، فيستمر تطبيق القانون القديم ويتم التقدم باكتمال مدته .
نظر :

المباشر على كل الملكيات الموجودة وقت نفاذه ، أى يسرى عليها بالنسبة الى المستقبل وحده ، أما الآثار التى ترتبت فى الماضى ، فلا سلطان له عليها لاتعدام اثره الرجعى .

٢٠٠ — الخروج على مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد باخضاع المراكز العقدية الجارية للآثر المستمر للقانون القديم

قلنا ان القانون الجديد يسرى بما له من أثر مباشر على المراكز القانونية السابقة والتى ما زالت جارية فى ظله ، سواء من حيث تمام ما بدأ قبل نفاذه من تكوينها أو انقضائها أو من حيث آثارها المستقبلية التى تترتب منذ هذا النفاذ . غير انه يرد على هذا المبدأ استثناء وحيد خاص بالعقود . فالمراركة العقدية الجارية (les situations contractuelles en cours) وهى التى تم تكوينها قبل نفاذ القانون الجديد وظلت قائمة ومنتجة لآثارها عند هذا النفاذ، تظل محكومة بالقانون الذى تكونت فى ظله دون أن تخضع للآثر المباشر للقانون الجديد . وبذلك يحل مبدأ الاثر المستمر للقانون القديم محل مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد فى شأن المراكز العقدية الجارية ، فيستمر القانون القديم — رغم تعديله أو إلغاءه — فى حكمها بعد نفاذ القانون الجديد ، سواء فيما يتعلق بآثارها المستقبلية أو طرق انحلالها وانقضائها (١) .

(١) **تبرير الاستثناء** : تؤسس النظرية الحديثة هذا الاستثناء على انتفاء الحكمة من اعمال الاثر المباشر للقانون الجديد فى شأن المراكز العقدية الجارية . فالآثر المباشر للقانون الجديد انما يبرر عندها بما يحققه من وحدة القانون فى الدولة ، تلك الوحدة التى هى اساس النظام فى الروابط والعلاقات القانونية ، فلو لم يطبق مبدأ الاثر المباشر ، لتعددت القواعد القانونية التى تحكم مراكز قانونية متماثلة مما يشيع الفوضى والاضطراب فى المعاملات . بينما الاصل فى المراكز العقدية ، هو تفاوتها وتنوعها تنوعا كبيرا نتيجة مالارادة الافراد من سلطان فى تحديدها، ولذلك فليس لاعمال الاثر المباشر —

وهو الذى يهدف الى توحيد القواعد القانونية التى تحكم المراكز المتماثلة — من فائدة بشأنها ، فيبقى للقانون الذى تكونت فى ظله سريانه عليها حتى بعد نفاذ القانون الجديد (١) .

(٢) **مدى الاستثناء :** اذا كان للقانون القديم اثر مستمر فى شأن طرق انحلال أو انقضاء المراكز العقدية الجارية وفى شأن آثارها المستقبلية فليس هذا الاستثناء بالمطلق ، بل هو محدود فى مداه بقدر الحكمة من تقريره . وقد رأينا هذه الحكمة كاملة فى تنوع واختلاف المراكز العقدية اختلافاً تنقضى معه الحاجة الى اعمال مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد فى شأنها بما يقوم عليه من توحيد القواعد القانونية التى تحكم مراكز متماثلة . ولذلك فحيث تتحدد هذه المراكز — رغم استنادها الى عقد من العقود — بمقتضى القانون وحده ومباشرة ، لا توجد حكمة — ووحدتها مفروضة بالضرورة — فى اعفاؤها من سلطان الاثر المباشر للقانون الجديد واخضاعها للاثر المستمر للقانون القديم استثناء . أما حيث تستقل الإرادة بتنظيم هذه المراكز وتحديد آثارها ، فان هذه المراكز تكون بالطبيعة مختلفة ومتفاوتة بتفاوت العقود وتفاوت ارادة الأفراد ، مما تنقضى معه الحاجة الى توحيدها باخضاعها للاثر المباشر للقانون الجديد ، فلا يوجد حينئذ حرج فى استمرار خضوعها — بعد نفاذ القانون الجديد — لسلطان القانون القديم . والبصر بذلك يقود الى التفرقة بين العقد أو المركز العقدى وبين النظام القانونى (le statut légal) (٢) فحيث يتعلق الامر بنظام قانونى ، تبقى العقود الجارية محكومة — فى آثارها المستقبلية وطرق انحلالها — بالقانون الجديد طبقاً لمبدأ اثره المباشر ، دون أن يجرى عليها حكم الاستثناء المقرر وهو الخضوع للاثر المستمر للقانون القديم . وبذلك ينحصر الاثر المستمر للقانون القديم فى حكم العقود الجارية حيث لا يتعلق الامر بنظام قانونى معين .

Roubier, op. cit., t. I, No. 66, pp. 565 - 568; No. 69, pp. 597 - 600. (١)

Roubier, op. cit., t. II, No. 86, p. 106. (٢)

وعلى ذلك يكون أعمال مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد أو أعمال الاستثناء الوارد عليه بتقرير أثر مستمر للقانون القديم مرتتها بوجود أو عدم وجود نظام قانوني ، وذلك دون اعتبار لما قد يكون للقانون الجديد من صفة آمرة لتعلقه بالنظام العام والاداب . فتظل العقود خاضعة في آثارها المستقبلية وطرق انحلالها للقانون القديم وحده حتى ولو كان القانون الجديد آمرا متعلقا بالنظام العام والاداب (١) ، طالما انه لا يخص أو يمس نظاما قانونيا أى طالما أنه يقتصر على دائرة العقود ويخاطب أطرافها بوصفهم متعاقدين فحسب .

ولذلك فرغم تعلق القانون الصادر بتخفيض الحد الاقصى للفائدة الاتفاقية بالنظام العام ، فلامساس له بالفوائد المستحقة بعد نفاذه بمقتضى عقود مبرمة في ظل قانون قديم على أساس ما كان يقرره من حد أقصى مرتفع (٢) . فتظل هذه الفوائد واجبة الدفع — بعد نفاذ القانون الجديد وتخفيضه حدها الاقصى — على أساس الحد الاقصى القديم ، لانه الحد الذى كان مشروعا وقت انعقاد العقد ، والمراكز العقدية تظل محكومة دائما في آثارها المستقبلية بالقانون الذى تكونت في ظله رغم صدور قانون جديد معدل لهذه الآثار طالما أنه لا يتعلق بنظام قانوني . ولا يوجد هنا نظام قانوني ، اذ لا يهدف القانون الجديد الا الى تحديد الاتفاقات العقدية الممكنة والحد من سلطات المتعاقدين في هذا الشأن ، فهو محصور اذن في نطاق العقود يخاطب الافراد بوصفهم متعاقدين فحسب (٣) .

ولكن القوانين المتعلقة بالزواج تتناول باثرها المباشر كل زواج قائم عند

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 72 pp. 620-623; t. II, No. 48, p. 78, et s., No. 87, pp. 120, 121.

(٢) وعلى العكس من ذلك ، يطبق القانون المخفض للحد الاقصى لسعر الفوائد القانونية على الديون — حتى العقدية — الناشئة قبل نفاذه ، ولكن بالنسبة لما يستحق من هذه الفوائد بعد هذا النفاذ . اذ القانون الجديد لا يعتبر متعلقا بالعقد أو قاصرا عليها ، بل هو يخص كل حقوق الدائنة ايا كان مصدرها عقديا أو غير عقدي ، فيكون لذلك متعلقا بالنظام القانوني للالتزامات (Roubier, op. cit., t. II, No. 78, pp. 21-23; No. 87, p. 120).

(٣) Roubier, op. cit., t. I, No. 72, p. 624; t. II, No. 87, p. 120.

نفاذها ولو كان معقودا قبله ، دون أن يتأتى استبعاد سريانها على أساس القول بأن مراكز الأزواج أنها تستند الى عقود ماضية ، والعقود تخضع — حتى في آثارها المستقبلية وطرق انحلالها — للقانون القديم الذى أبرمت في ظله . ذلك أن الامر هنا يتعلق بنظام قانونى معين هو نظام الزواج ، وهو نظام موحد يفرضه القانون دون اعتداد بمرادة الأفراد ، اذ ليست ارادة الزوجين هى التى تحدد في عقد الزواج آثارها من حقوق الزوجين وواجباتهما ، فليس لهذه الارادة في الواقع من سلطان الا مجرد التراضى على اختيار الدخول في النظام القانونى للزواج كما يعين القانون قواعده ويستقل بتحديداتها (١) .

فمركز الزوجين اذن ليس عقديا بالمعنى المفهوم الذى تستقل الارادة بتنظيمه وتحديد آثاره . نظرا لتعلقه بنظام قانونى موحد لا يكون العقد الا شرطا لدخولهما فيه وخضوعهما لاحكامه . لذلك يكون من الطبيعى أن يسترد القانون الجديد سلطاته المباشرة عليه ، ما دام الزواج — وهو نظام قانونى — يفترض الوحدة ، ولا وجه في الاصل لتجوز امتداد سلطان القانون القديم واستمراره الا حيث يتصور التعدد والتفاوت .

وكذلك الشأن في الحقوق العينية . فالاصل أن القانون يعددها على سبيل الحصر ويعين مضمونها ويحدد المراكز القانونية لاصحابها بما تتضمنه من حقوق والتزامات (٢) . ولذلك يكون من الطبيعى أن تسرى القوانين المتعلقة بهذه الحقوق فور نفاذها بمقتضى أثرها المباشر ، دون أن يعطل من هذا السريان لحساب الاثر المستمر للقانون القديم كون هذه الحقوق قد انتقلت او تقرررت لبعض الاشخاص بمقتضى عقود مبرمة في الماضي ، اذ الامر ليس امر عقود بل هو امر نظام قانونى يفترض الوحدة ويستبعد التعدد والتفاوت .

وكذلك الشأن فى القوانين المتعلقة بالعملة أو النقد فى الدولة ، والقوانين

Roubier, op. cit., t I, No. 69, p. 598; No. 70, pp. 602, 603 (١)
605; t. II, No. 88, p. 122.

Roubier, op. cit., t. I, No. 70, p. 606. (٢)

المتعلقة بالضرائب، وقوانين العمل، فهي تسرى بأثر مباشر على ما يترتب بعد نفاذها من آثار بمقتضى عقود مبرمة في الماضي ، اذ هي لا تواجه مراكز عقدية وانها تتعلق بنظم قانونية . ولذلك فالقانون الذى يصدر بتخفيض قيمة العملة فى الدولة يسرى بأثره المباشر على الآثار المستقبلية لعقود القرض المبرمة قبل نفاذه ، فيجب رد النقود المستحقة بمقتضاها . ابتداء من نفاذ القانون الجديد بمعددها وقيمتها الحسابية رغم ما قرره القانون الجديد من الهبوط بقيمتها الحقيقية . والقانون الصادر بفرض سعر الزامى للعملة الورقية يسرى بأثر مباشر على الآثار المستقبلية للعقود التى عقدت فى الماضى وكان مشترطا فيها الدفع بالذهب ، فيصبح الدفع بمقتضاها واجبا بالورق ابتداء من يوم نفاذ هذا القانون . والقانون الصادر بفرض ضريبة جديدة على المستأجرين مثلا ، يسرى منذ نفاذه بأثر مباشر على كل مستأجر ولو كان عقد الايجار مبرما قبل هذا النفاذ . وقوانين العمل تسرى بأثر مباشر على الآثار المترتبة منذ نفاذها على عقود العمل الجارية والمبرمة قبل هذا النفاذ (١).

والخلاصة من فقه النظرية الحديثة : ان القانون الجديد ، من ناحية، ليس له اثر رجعى ، أى لا يملك المساس بما تم فى الماضى من تكوين أو انقضاء مراكز قانونية أو ما اجتمع فيه من عناصر هذا التكوين والانقضاء أو ما ترتب فيه من آثار قانونية ، ولا استثناء من ذلك الا بنص تشريعى صريح أو بقانون تفسرى . ومن ناحية أخرى . يكون للقانون الجديد أثر مباشر فيسرى على كل ما يقع بعد نفاذه ولو كان مترتبا على مركز قانونى سابق ، ولا يستثنى من ذلك الا المراكز العقدية غير المتعلقة بنظام قانونى التى يستقل الأفراد بتنظيم آثارها بارادتهم ، اذ تظل آثارها المستقبلية وطرق انحلالها أو انقضائها محكومة بالقانون القديم الذى تكونت فى ظله . وواضح ان المشرع يملك بنص صريح منه الخروج - فى شأن المراكز غير العقدية - على قاعدة

الآثر المباشر للقانون الجديد وتقرير مبدأ الآثر المستمر للقانون القديم (١) ، أو الخروج — في شأن المراكز العقدية — على مبدأ الآثر المستمر للقانون القديم واخضاعها للآثر المباشر للقانون الجديد (٢) .

٢٠١ - تقدير النظرية الحديثة

تعتبر النظرية الحديثة اليوم هي النظرية التي يلنف حولها جمهور الفقهاء الفرنسيين المعاصرين ، مما يكاد ينتهي بها الى أن تصير في القريب النظرية الرسمية للمشرع الفرنسي بعدما تضمنها بحذاويرها المشروع التمهيدى لتنقيح التقنين المدنى الفرنسى الحالى (٣) .

ولعل مما يحمد للنظرية الحديثة ما تمتاز به من وضوح التفرقة بين الآثر الرجعى والآثر المباشر للقوانين الجديدة ، وهى تلك التفرقة التى غفلت عنها وعن أهميتها النظرية التقليدية ، فحدث بذلك من اعمال القوانين الجديدة على المراكز القانونية الجارية أو على آثارها المستقبلية ، أو اضطرت الى اعمالها فى بعض الحالات بوصفها قوانين رجعية ، مع تبرير هذا الخروج على مبدأ عدم الرجعية بتبريرات مختلفة مشكوك فى قيمتها (٤) .

وكذلك فإن منطق النظرية الحديثة فى فهم معنى الرجعية فهما واقعيا وفى اقامة حد فاصل دقيق بين الآثر الرجعى والآثر المباشر للقوانين الجديدة ، قد يساعد على تبرير ما كانت تقصر النظرية التقليدية عن تبريره خاصة من ضرورة عدم مساس القوانين الجديدة — فى شأن ماتدرکه من مراكز قانونية ماتزال فى دور التكوين أو الانقضاء — بما اجتمع أو توافر فى الماضى من العناصر التى تهم هذا التكوين أو الانقضاء ما دامت لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة ، على أساس اعتبار هذا المساس رجعية غير جائزة ، رغم أن هذه العناصر لاتؤلف

Roubier, op. cit., t. I, No. 73, pp. 629, 630. (١)

Roubier, op. cit., t. I, No. 72, pp. 617, 618 (٢)

Avant-projet de code civil, première partie, 1955, Livre préliminaire, (٣) titre II, pp. 55, 209, 210.

(٤) راجع ملحقا ، ص ٢٢٢ و ٢٢٤ .

الحق المكتسب الذى يعتبر المساس به هو الرجعية عند النظرية التقليدية (١). ولكننا نأخذ على النظرية الحديثة أنها — وهى بسبيل وضع الفاصل بين الاثر المباشر للقانون الجديد والاثـر المستمر للقانون القديم — قد عمدت الى اقامة تفرقة بين المركز العقدى المحض وبين النظام القانونى . وهى تفرقة غير محكمة أو منضبطة ، لا تلبث ان تفتح الباب واسعا لخلافات كثيرة حولها، وتجعل حلول التنازع الزماتى فى هذا الشأن مقلقة غير مستقرة (٢) .

ولعل عدم انضباط التفرقة التى يقيمها الاستاذ «روببيه» بين المركز العقدى والنظام القانونى ، هو الذى حدا ببعض انصار نظريته الى العدول عنها وادخال فكرة « النظام العام » كعامل يحد من اطلاق اعمال مبدأ الاثر المستمر للقانون القديم فى شأن الاثار المستقبلية للعقود وطرق انحلالها . وهم فى ذلك يستهدون بأحكام القضاء ويستخلصون منها — رغم تحاشيها التصريح — أن استمرار سريان القانون القديم فى شأن الاثار المستقبلية للعقود وطرق انحلالها ، يجب أن يقف أمام تعلق القانون الجديد بالنظام العام . ولكنهم لا يطلقون فكرة « النظام العام » كما يقضى بذلك مفهومها فى شأن القوانين الامرة التى ينعدم سلطان ارادة الافراد ازاءها ، وانما يحصرّون فكرة النظام العام — فى مجال مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان — فى نطاق خاص محدود (٣) ، يتعين بقوانين النظام العام ذات الاهمية القصوى والخطورة البالغة التى يكون فى استمرار ابقاء العقود الماضية الجارية محكومة بالقانون

(١) انظر : مقالنا سالف الذكر ، ص ١٠٢ — ١٠٣ .

(٢) انظر فى بيان ذلك : مقالنا سالف الذكر ، ص ١٢٢ و ١٢٣ .

(٣) Beudant et Béquignon-Lagarde, op. cit., t. I, No. 247

— Collin, Capitaint et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 62, pp. 59 et 60. — De La Morandière, L'Ordre public en droit privé interne, Etude Capitaint, notamment pp. 400, 401. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 108, p. 183. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 314.

وانظر فى الاخذ بهذا المعنى فى القانون المصرى :

سليمان مرقس ، مقالة ١١٠ ، ص ١٦٤ — ١٦٦ .

القديم بالمخالفة لها ما يتهدد بخطر جسيم جدى نظام الجماعة العلم نفسه (١) . وهذا مايعبر عنه البعض بقولهم ان قوانين النظام العام التى يجب سريانها فور نفاذها بأثر مباشر حتى على الآثار المستقبلية للعقود الماضية هى قوانين النظام العام التى تحمى مصلحة عامة ، دون غيرها من قوانين النظام العام الأخرى التى لا تحمى إلا مجرد مصلحة خاصة (٢) .

ولكن التفرقة بين قوانين النظام العام على هذا النحو لاتزيد الأمر وضوحا أو تبديد انبهام وعدم انضباط التفرقة الأولى بين « المركز العقدى » و « النظام القانونى » . فهذه التفرقة الجديدة ينقصها التحديد كسابقتها ، اذ تجعل قوانين النظام العام درجات تتفاوت من حيث الأهمية والخطورة دون أن تعنى بتحديد معيار هذا التفاوت . أو تجعل هذه القوانين مختلفة باختلاف المصالح التى تحمىها ، رغم استمضاء الفصل بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة نظرا لاختلاطهما فى أغلب الأحيان ، ورغم انعدام الحكمة من مثل هذا الفصل ما دامت هذه القوانين كلها — حتى ولو كان هدفها المباشر فى بعض الأحوال حماية بعض المصالح الخاصة — تتعلق بأسس رئيسية فى بناء الجماعة تعلقا يحتم منع كل مخالفة لها .

وبذلك تنتهى هذه التفرقة — كسابقتها — الى مايشبه العدول عن تحديد نطاق سلطان كل من القانون القديم والقانون الجديد فى شأن الآثار المستقبلية للعقود ، اذ تترك النطاقين مختلطين دون حد واضح فاصل . وكأنها بذلك تنتهى الى اعطاء القضاء سلطة تقديرية مطلقة فى وضع هذا الحد فى صدد كل حالة بخصوصها ، وليس فى ذلك ما يعين على تحقيق ما يجب من تحديد واستقرار

H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. I, No. 148. (١)

ولكن يرامى أن ثمة خلطا عند هؤلاء المؤلفين فى شأن سريان هذه القوانين المتعلقة بالنظام العام على الآثار المستقبلية للعقود ، بين اعتبار هذا السريان سريانا مباشرا أو سريانا رجعيا .

Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, No. 48 (٢)

وقد سبق أن أشرنا الى أن أستاذنا المصهورى وأبو مشيت يأخذان بهذا المعنى ، ولكن على أساس اعتبار سريان قوانين النظام العام التى تحمى مصلحة عامة سريانا رجعيا استثناء لا سريانا مباشرا (انظر سابقا ، هامش « ٢ » ص ٢٢١) .

لحلول مشكلة التنازع الزماني بين القوانين ، فذلك اذن منطقة فراغ في بناء النظرية الحديثة .

وكذلك نأخذ على النظرية الحديثة انها تعتبر — كالنظرية التقليدية وان لم يكن لنفس السبب — القوانين التفسيرية قوانين رجعية استثناء . اذ الواقع ان لا رجعية في الامر ، لانه لا يوجد تنازع حقيقي بين قاعدتين قانونيتين على مدى السريان في الزمان (١) . فالقاعدة القانونية الجديدة ليست الا تفسيرا لحكم القاعدة القانونية القديمة ، اى انها ليست بقاعدة تعقبها في الزمان لتغير حكمها أو مضمونها ، بل تبقى القاعدة القانونية القديمة كما هي لا تتغير بصور القاعدة التفسيرية ، وانما الذي يتغير هو تفسيرها فقط ، وليس في تفسير قاعدة قانونية قائمة على وجه دون آخر ، ولا في الرجوع عن تفسير سبق بشأنها — سواء كان التفسير أو الرجوع من جانب المشرع أو من جانب القاضي — اى اثر رجعى ، لان القاعدة التى تطبق واحدة هي القاعدة القديمة ، وأن يكن تفسيرها قد تحدد من بعد على وجه معين .

٢٠٢ — النظريات الفقهية واحكام القضاء في مشكلة التنازع الزماني

تلك هي النظريات الفقهية في تأصيل حل مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان . ورغم اختلاف هذه النظريات فيما تقوم عليه من أسس ، فان الحلول العملية التى تنتهى اليها تكاد تكون واحدة ، فالخلاف العملى بينها اذن ليس كبيرا ، وانما يكاد ينحصر الخلاف بينها في تكييف هذه النتائج . ومرد ذلك الى أن النظريات لم تقم الا على تفسير وتبرير احكام القضاء في شأن التنازع بين القوانين في الزمان ، فهى لم تبتكر حلول هذا التنازع ، وانما اجتهدت في تبرير ما وضعه القضاء منها فعلا وحاولت ان تستخلص من ذلك قواعد وأصولا عامة تحدد المدى الزمنى لسريان كل من القانون القديم والقانون الجديد . والواقع أن القضاء ينظر ، في تغليب احد القانونين على الاخر ، الى ما يحقق التوازن بين ما تقتضيه مصلحة الجماعة من تطبيق القانون الجديد من ناحية ،

(١) انظر في الإشارة الى أصل هذا الرأي :

Bouhier, op. cit., t. I, No. 56, p. 469 et note

وبين ما يقتضيه استقرار المعاملات من تطبيق القانون القديم من ناحية أخرى ، وهو يعتمد في ذلك بقصد المشرع الضمني (١) وبطبيعة القوانين المتنازعة وبالظروف الخاصة بكل قضية مطروحة أمامه .

وإذا كان القضاء ينأى بنفسه على هذا النحو عن الخلافات الفقهية النظرية حول أصول حل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين ، فإنه — بعد أن استقرت النظريات الفقهية في هذا الشأن — كثيرا ما يباثر رغم ذلك بما تقوم عليه هذه النظريات من أسس وأصول وبما تستعمل من إصلاحات فيلجأ إليها — على الأقل — لتأييد أحكامه واستنادها .

وعلى أي حال ، فقد يغنى المشرع الفقه والقضاء عن الاجتهاد في حل التنازع بين القوانين في الزمان . فقد ينظم بنفسه في قانون جديد معين فترة الانتقال بينه وبين القانون القديم ، فيضع لذلك أحكاما وقتية . وفضلا عن هذا التدخل الخاص من جانب المشرع ، قد يتدخل المشرع تدخلا عاما في هذا الشأن ، فيضع قواعد عامة تحكم التنازع الزماني بين القوانين بصدد بعض المسائل ، ومن قبيل ذلك ما وضعه المشرع المصري من حلول لهذا التنازع ستكون محلا للإشارة والبحث في المطلب الثاني .

٢٠٣ — الموجهات والأصول العامة في حل مشكلة التنازع الزماني

بعد أن عرضنا فيما سبق لفقه النظريات المختلفة في حل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين ولما يرد عليه من نقد ، نستطيع أن نستخلص — على ضوء ذلك — الموجهات والأصول العامة التي نعتقد أنها حقيقة بحل هذه المشكلة وهي ترتكز على أسس ثلاثة : الأول ، يمنع سريان القانون الجديد سريانا رجعيا ، والثاني يفرض سريانه سريانا مباشرا ، والثالث يرخص باستمرار سريان القانون القديم في أحوال معينة .

(١) انظر في تأييد اتجاه القضاء في هذا الشأن وفي تأصيله :

Beudant et Béquignon-Lagarde, op. cit., t. I, No. 234. — Esmein, op. cit., pp. 172, 173.

شمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ ،قرة ٢٠٨ ، ص ١٠ و ١١ .

أما في شأن منع السريان الرجعي للقانون الجديد ، فقد سبق أن رفضنا معيار الرجعية الذي تقدمه النظرية التقليدية على أنه المساس بحق مكتسب ومعيار الرجعية الذي يقدمه « ديجي » على أنه المساس بمركز قانوني شخصي ، ولذلك نأخذ بما نراه صوابا عند النظرية الحديثة في تحديد معنى الرجعية ، فنقرر على ضوءه أن القانون الجديد لا يملك إعادة النظر من جديد فيما توافر قبل نفاذه من تمام تكوين أو انقضاء مركز قانوني أو من قيام بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء أو من ترتب آثار قانونية معينة .

وأما في شأن السريان المباشر للقانون الجديد ، فمعناه أن القانون الجديد يخضع لحكمه كل ما يحدث في ظله وابتداء من نفاذه ولو كانت جذوره ترجع إلى الماضي . فهو يخضع لسلطاته المباشرة المراكز القانونية التي يدركها وهي ما تزال في دور التكوين أو الانقضاء وذلك بالنسبة لما يتوافر في ظله من العناصر التي يتم بها هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الآثار المستقبلية التي تترتب ابتداء من نفاذه على مركز قانوني سابق .

وأما في شأن السريان المستمر للقانون القديم ، فمن المتفق عليه انصرافه إلى الآثار المستقبلية للعقود وإلى طرق انحلالها التي لاتعدو أن تكون بعض هذه الآثار . وقد عرضنا للخلاف الفقهي حول تحديد مدى هذا السريان ، ورفضنا التفرقة التي يقول بها « روبيه » في هذا الشأن بين المركز العقدي والنظام القانوني ، وكذلك التفرقة الأخرى - التي حاول بعض أنصار النظرية الحديثة حللها محل تفرقة - بين قوانين النظام العام بحسب أهميتها وخطورتها أو بحسب طبيعة المصلحة التي تتصدى لحمايتها .

والواقع أن الأصل كان هو وجوب إطلاق السريان المباشر للقانون الجديد في هذا الشأن . وإذا كان قد تقرر الخروج على هذا الأصل بالسماح للقانون القديم في استمرار السريان في شأن الآثار المستقبلية للعقود ، فما ذلك إلا لأن العقود - وهي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة - تستعص على الوحدة بما تفترض من تنوع آثارها واختلافها ، بينما الحكمة من أعمال الأثر المباشر للقانون الجديد هي وحدة النظم القانونية في شأن المراكز القانونية المتماثلة .

وإذا كان تقرير مبدأ الاثر المستمر للقانون القديم فى شأن الآثار المستقبلية للمعقود ليس الا استثناء من أصل قاعدة السريان المباشر للقانون الجديد ، فيجب أن ينحصر هذا الاستثناء فى حدود الحكمة من تقريره دون توسع فى مداه على حساب هذه الحكمة .

ومن هنا ، يكون من الطبيعى — فى رأينا — وجوب اطراح السريان المستمر للقانون القديم والعودة للسريان المباشر للقانون الجديد ، حينما يتعلق الامر — فى شأن الآثار المستقبلية للمعقود — بقواعد قانونية موحدة يمتنع أمامها الخلاف والتعدد الذى هو الاصل فى المراكز والآثار العقدية ، وهو مايتحقق إذا كان القانون الجديد آمرا لتعلقه بالنظام العام والاداب ، اذ وجود مثل هذا القانون يعنى اعتماد سلطان الإرادة فى مخالفته ، وضرورة رد المعقود وأكثرها بالتالى — فى حدوده — الى ضرب من الوحدة والتماثل ، وهو مااتفق معه أية حكمة فى تقرير استمرار سريان القانون القديم بالنسبة الى الآثار المستقبلية للمعقود المبرمة فى ظله ، ومايتعين معه الرجوع الى الاصل من السريان المباشر للقانون الجديد تحقيقا لما أصبح يفرضه من وحدة لازمة ، خاصة وأن تعلق هذا القانون بالنظام العام والاداب يفيد تعلقه ببعض الاسس الرئيسية فى بناء الجماعة مما يستبعد كل مخالفة لها حتى ولو كانت مترتبة على عقود صحيحة مبرمة فى الماضى .

ولذلك اذا كان للقانون القديم سريان مستمر فى شأن الآثار المستقبلية للمعقود المبرمة فى ظله ، فإن هذا السريان يجب أن يقف اذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام . ويبدو أن هذا الراى يحظى بتأييد غير قليل من الفقهاء (١). بل أنه هو الراى الذى كان يأخذ به المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى صراحة ، حيث كان ينص فى المادة السابعة منه على أنه : اذا نسخ قانون جديد قانونا سابقا عليه ، فإن القانون المنسوخ يظل مع ذلك ساريا على

(١) انظر فى ذلك :

De La Gressaye et Lahorde-Lacoste, op. cit., No. 256, p. 231

عبد الفتاح عبد الباقى ، نقرات ١٨٧ و ١٩٥ و ١٩٦ . — محمود جمال الدين زكى ،
نقرة ١٢٨ .

الروابط والحالات القانونية التى نشأت تحت سلطانه وكنفت مترتبة على ارادة المتعاقدين مالم يوجد نص يقضى بغير هذا أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والاداب» (١) . وهو كذلك الراى الذى تستقر عليه احكام محكمة النقض المصرية (٢) .

وعلى هذا الاساس يسرى القانون الصادر بفرض سعر الزامى للعملة الورقية بما له من اثر مباشر على الاثار المستقبلية للعقود الجارية والمبرمة فى ظل القانون القديم ، فيصح ابتداء من نفاذ القانون الجديد الدفع بالورق رغم شرط الدفع بالذهب الوارد فى هذه العقود . وكذلك يسرى القانون الصادر بتخفيض الحد الاقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، بما له من اثر مباشر ، على ما يستحق ابتداء من نفاذه من فوائد بمقتضى العقود المبرمة من قبل هذا النفاذ ، فلا تدفع الفوائد اذن الا على الاساس الجديد المخفض (٣) . وكذلك تسرى قوانين العمل الجديدة المتعلقة بالنظام العام ، بمقتضى سلطانهما المباشر ، على الاثار المستقبلية لعقود العمل المبرمة قبل نفاذها ، وهذا ما يصحح به المشرع المصرى) م ١/٦ من قانون العمل ٢ (٤) .

(١) مجموعة الاعمال التفسيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢١٤ .
واذا كان هذا النص لم يظهر فى التقنين ، فلاته عدل من بعد فى لجنة المراجعة تعديلها اغلج الجوهري فيه فى شأن حكم الاثار المستقبلية للعقود الجارية بحيث أصبح قاصرا على تقرير مبدأ عدم الرجعية بوجه عام واستثناء النص الصريح على الرجعية وقوانين النظام العام والاداب منه ، وهو ما رآى معه عدم الحاجة اليه « اكفاء بالاحكام الواردة فى الدستور والقوانين الخاصة » (مجموعة الاعمال التفسيرية ، ج ١ ، ص ٢١٦ و ٢١٨) .

(٢) انظر بصفة خاصة :
نقض ٢١ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة الكتب الفنى لاحكام محكمة النقض ، ص ٤ ، رقم ١٦١ ، ص ١٠٢٨ . - منقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ ، المجموعة السابقة ، ص ٧ ، رقم ٢٢ ، ص ٢٤١ .
نقض ٢٧ يونيه سنة ١٩٦٢ ، المجموعة السابقة ، ص ١٤ ، رقم ١٢١ ، ص ٩٣٦ .
(٣) وهذا ما استقر عليه القضاء المصرى (انظر الاحكام المشار اليها فى الملش السابق) ، اذ قضى بتطبيق نص المادة ٢/٢٢٧ من التقنين المدنى الحالى — الذى قرر تخفيض سعر الفائدة الاتفاقية من ٨ ٪ الى ٧ ٪ — بآثر مباشر على العقود المبرمة فى ظل التقنين المدنى القديم ، بحيث تحتسب الفوائد المستحقة بملقتضاها ابتداء من يوم ١٥ اكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو يوم نفاذ التقنين المدنى الحالى على الاساس الجديد المخفض وهو ٧ ٪ .
وانظر كذلك بخاصة فى نفس المدنى :

مجموعة الاعمال التفسيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٥٨٤ — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرات ٥١٢ و ٥١٣ ، ص ٩٠٥ — ٩٠٧ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، مقرة ١٩٦٠ . — مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧١ و ١٧٢ .
(٤) انظر فى ذلك : كتابنا اصول قانون العمل ، ج ١ ، عقد العمل ، ١٩٦٤ ، مقرة ١٧ ، ص ٧٢ و ٧٣ .

يخلص ان من مما تقدم ان الجهات والاصول العامة التي نقرها حل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين تنحصر فيما يلي :

(١) ليس للقانون الجديد اثر رجعى ، يملك بمقتضاء اعادة النظر فيما تم قبل نفاذه من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانتضاء ، أو فيما ترتب فعلا قبل هذا النفاذ من آثار قانونية .

(٢) للقانون الجديد اثر مباشر يخضع لسلطانه المراكز القانونية التي لا تزال في دور التكوين أو الانتضاء ولكن دون المساس بما توافر في الماضي من عناصر هذا التكوين أو الانتضاء ، وكذلك الآثار المستقبلية للمراكز القانونية الماضية .

(٣) للقانون القديم اثر مستمر في شأن الآثار المستقبلية للعقود المبرمة في ظله ، الا اذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والاداب فيسترد سلطانه المباشر في حكمها .

وواضح أن المشرع يبقى بيده زمام حل مشكلة التنازع الزماني بين القوانين ، فيملك بنص صريح منه الخروج على هذه الاصول : اما بتقرير رجعية القانون الجديد ، أو بتقرير استمرار سريان القانون القديم حيث يجب اعمال قاعدة الاثر المباشر للقانون الجديد ، أو بتقرير السريان المباشر للقانون الجديد حيث يجب اعمال الاثر المستمر للقانون القديم .

المطلب الثاني

الحلول العامة الوضعية لبعض مشاكل التنازع الزماني

٢٠٤ - تمهيد

عنى المشرع المصرى بوضع حلول عامة لبعض مشاكل التنازع الزماني الهامة (١) ، وبذلك أغنى الفقه والقضاء عن الاجتهاد والاختلاف في حلها. ولكنه

(١) انظر في الحلول الواجبة لمشاكل أخرى عملية لم يضع لها المشرع حولا تشريعية :
معلنا سالف الذكر ، ص ١٦٥ - ١٨٣ .

لم يجمع هذه الحلول التشريعية في موضع واحد ، وانما وزعها على التقنينات الرئيسية المختلفة بحسب طبيعة ما يتصدى لحله من مشاكل . فننتبج هذه الحلول التشريعية فيما يلي :

٢٠٥ - التنازع الزماني بين قوانين الاهلية

يؤدى تعاقب القوانين في مسائل الاهلية بما يعدل سن الرشد بالرفع أو الخفض الى تنازع بين القانون الجديد والقانون القديم حول امرين : الاول، هو معرفة المركز القانوني لمن كان راشدا أو قاصرا في ظل القانون القديم ومازال عند نفاذ القانون الجديد دون السن الجديدة المرتفعة أو أصبح فوق السن الجديدة المنخفضة . والثاني ، هو معرفة قيمة التصرفات التي صدرت من هؤلاء الاشخاص في ظل القانون القديم بعد أن تغير الوضع في ظل القانون الجديد . فنعرض لهذين الامرين على التوالي لنرى الحل الذي قرره المشرع المصري فيهما .

(١) اهلية الشخص : الحل الذي يأخذ به المشرع المصري ، في شأن تحديد المركز القانوني للشخص من حيث اهليته عند تغير القانون المتعلق بذلك ، هو سريان القانون الجديد ، اذ تقضى المادة ١/٦ من التقنين المدني بأن « النصوص المتعلقة بالاهلية تسرى على جميع الاشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص » . وعلى ذلك اذا كان القانون الجديد يرفع سن الرشد من الثامنة عشرة الى الحادية والعشرين ، فان كل من لايزال عند نفاذه دون الحادية والعشرين يعتبر ابتداء من هذا النفاذ قاصرا ويظل كذلك حتى يبلغ هذه السن ، حتى ولو سبق اعتباره راشدا بلوغه الثامنة عشرة في ظل القانون القديم . واذا كان القانون الجديد يخفض سن الرشد من الحادية والعشرين الى الثامنة عشرة ، فان كل من يكون بالغا عند نفاذه السن المقررة فيه ، بأن يكون بالغا التاسعة عشرة مثلا ، يعتبر راشدا فوراً هذا النفاذ رغم سبق اعتباره قاصرا في ظل القانون القديم .

وهذا الحل يتفق مع فقه النظرية التقليدية ، سواء في حال تخفيض سن الرشد على أساس أنه لم يوجد بعد حق مكتسب يمنع سريان القانون الجديد ،

أو في حال رفع سن الرشد على أساس عدم وقوف الحق المكتسب في بلوغ سن الرشد أمام قوانين الاهلية نظرا لتعلقها بالنظام العام (١) . وهذا الحل يتفق كذلك مع نظرية «ديجي» في حال رفع سن الرشد وخفضه على السواء ، على أساس أن مركز الشخص من حيث الاهلية هو مركز قانوني موضوعي يملك القانون دائما تعديله دون أن يوصف لذلك بالرجعية .

أما في فئة النظرية الحديثة ، فيبدو هذا الحل متفقا معه في حال تخفيض سن الرشد ، حيث أن مركز القاصر لم يكن قد انقضى بعد في ظل القانون القديم . فيملك القانون الجديد تقرير انقضائه ابتداء من يوم نفاذه ، فهذا مقتضى الأثر المباشر للقانون الجديد ، مادام يقتصر على اعتبار القاصر راشدا بالنسبة الى المستقبل أي منذ نفاذه لا منذ بلوغه سن الرشد الجديدة المخفضة إذا كان قد بلغها قبل هذا النفاذ في ظل القانون القديم (٢) .

أما في حال رفع سن الرشد ، فيذهب الاستاذ «روبييه» الى أن القانون الجديد لا يملك إعادة من كان معتبرا راشدا في ظل القانون القديم قاصرا من جديد (٣) ، على أساس أن مركز هذا الشخص كقاصر قد انقضى ببلوغه سن الرشد في ظل القانون القديم ، فيكون من الرجعية إعادة النظر من جديد فيما تم من هذا الانقضاء (٤) ، وأن كانت هذه الرجعية من قبيل الرجعية المخففة لعدم انصرافها الا الى المستقبل وحده ابتداء من نفاذ القانون الجديد (٥) .

(١) انظر في تكرر المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي للتقنين المدني بهذا التعليل : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢١٥ .
Roubier, op. cit., t. II, No. 105, p. 297. (٢)
(٣) انظر في الأخذ بهذا المعنى في مصر قبل التقنين المدني الحالي المذكرة الإيضاحية لقانون المجالس الحسينية الصادر في مصر سنة ١٩٢٥ يرفع سن الرشد من الثامنة عشرة الى الحادية والعشرين (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢١٥) . عبد الفتاح السيد
جول الآثار الرجعية لقانون المجالس الحسينية الجديد (المحابة ، ص ٧ ، ص ١٦٩ وما بعدها) .
Roubier, Ibid.; t. II, No. 105, pp. 298-303. (٤)

وانظر كذلك في نفس المعنى :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 298

ولكن من الواضح أن القانون الجديد يملك — دون رجعية — إبقاء من كان معتبرا قاصرا في ظل القانون القديم على حاله من القصر حتى بلوغ السن المرتزمة المحددة فيه ، على أساس أن مركز هذا القاصر لم يكن قد انقضى في ظل القانون القديم فيملك القانون الجديد تأخير هذا الانقضاء (Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 387).

Roubier, op. cit., t. I, No. 64, p. 544 (٥)

ولكننا لا نرى فى حقيقة فقه النظرية الحديثة ما يتعارض مع الحل القاضى باعادة من كلن معتبرا راشدا الى حالة القصر ابتداء من نفاذ القانون القاضى برفع سن الرشد . اذ لم لا يقال ان انقضاء مركز القاصر فى ظل القانون القديم قد أدى الى تكوين مركز آخر هو مركزه كراشد ، وان هذا المركز من المراكز المستمرة التى تظل جارية فى الاصل حتى الوفاة ، مما ينبغى معه تمكين القانون الجديد - احتراماً لسلطانه المباشر - من تناول هذا المركز والمساس به ، ما دام لا ينصرف بهذا المساس الى الماضى بل يقصره على المستقبل ابتداء من يوم نفاذه (١) .

لذلك نرى تأييد ما يأخذ به القانون المصرى من تطبيق القانون القاضى برفع سن الرشد على كل من لم يبلغها عند نفاذه ولو سبق اعتباره راشدا فى ظل القانون القديم ، على أساس أن هذا التطبيق تطبيق مباشر لا رجعى لانه ينصرف الى المستقبل وحده دون المساس بمركز الرشد فى الماضى . وهو - فضلا عن ذلك الراى الذى يؤيده كثير من الفقهاء الفرنسيين وبعضهم من انصار النظرية الحديثة نفسها (٢) .

(٢) تصرفات الشخص : أما الحل الذى أخذ به المشرع المصرى فى الامر الثانى الخاص بتصرفات الشخص المبرمة فى ظل القانون القديم ، فهو عدم سريان القانون الجديد عليها تطبيقاً لمبدأ عدم الرجعية ، أى تكون هذه التصرفات محكومة بالقانون القديم الذى صدرت فى ظله فلا تتأثر بالقانون الجديد . وعلى ذلك ، فالتصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم اشخاص كانوا راشدين فى حكمه ، تظل صحيحة رغم اعتبارهم قاصرين من جديد ابتداء من نفاذ القانون الجديد (م ٢/٦ مدنى) . والتصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم اشخاص كانوا قاصرين فى حكمه ، تظل باطلة أو قابلة للإبطال رغم اعتبارهم راشدين ابتداء من وقت نفاذ القانون الجديد .

(١) بقائنا سالت الذكر ، ص ٢٤٥ .

(٢) انظر فى ذلك :

Aubry et Rau, op. cit., t. I, No. 30, p. 115. — Collin, Capitulant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 59. — Esmein, op. cit., p. 90. — Josserand, op. cit., t. I, No. 83.

وهذا الحل محض تطبيق لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد أيا كان مفهوم الرجعية . فهو مبرر عند النظرية التقليدية على أساس احترام الحق المكتسب ، وفى نظرية « ديجى » على أساس عدم المساس بالاعمال الماضية ، وعند النظرية الحديثة على أساس احترام المراكز القانونية التى تم تكوينها فى ظل القانون القديم .

٢٠٦ - التنازع الزمانى بين قوانين التقادم

الاصل ان القانون الجديد يخضع لسلطانه المباشر كل تقادم ما يزال جاريا عند نفاذه ، اذ يتفق الامر حينئذ بمركز قانونى ما يزال فى دور التكوين فيخضع تمام هذا التكوين للقانون الذى يتحقق فى ظله وهو القانون الجديد ، ولكن دون أن يعنى ذلك مساس هذا القانون - والا كان رجعيا - بما سبق توافره قبل نفاذه من عناصر تهم هذا التكوين اذا كانت لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة . وهو ما نفصله فيما يلى .

(١) انعدام الاثر الرجعى لقوانين التقادم الجديدة :

لا يملك القانون الجديد المساس بما توافر فى ظل القانون القديم من عناصر متعلقة بتكوين مركز التقادم ، كالعناصر المتعلقة ببذته ووقفه وانقطاعه . والمشرع المصرى صريح فى الاخذ بهذا الحل ، اذ يقضى بأن « النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببذع التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة (م/٢/٧ مدنى) وقد سبق أن اشرنا الى اتفاق هذا الحل مع فقه النظرية الحديثة ، على اعتبار انما يتحقق من عناصر متعلقة بتكوين او انقضاء مركز قانونى فى ظل القانون القديم يظل محكوما بهذا القانون ، طالما تكون له قيمة قانونية فى ذاته ، فلا يملك القانون الجديد - دون رجعية - المساس به او الرجوع فيه عن المدة السابقة على نفاذه .

(٢) الاثر المباشر لقوانين التقادم الجديدة

مقتضى اعمال مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد أن تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل ، وهذا ما يقرره

المشرع المصرى صراحة بنصه على أن « تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل » (م ١/٧ مدنى) . وأكثر ما يعرض تطبيق هذا المبدأ فى شأن مدة التقادم ، ولكنه يعرض كذلك فيما يتعلق بشروط التقادم الأخرى .

١ — **شروط التقادم** : الأصل هو سريان القانون الجديد المعدل بشرط التقادم سريانا مباشرا على كل تقادم جارى . فتغيير القانون الجديد قابلية الحق للتقادم مثلا ، يكون له أثره المباشر على التقادم الجارى . فالقانون الذى يجعل حقا أو مالا غير قابل للتقادم بعد أن كان قابلا له ، ينهى فور نفاذه التقادم الجارى فى شأنه . والقانون الذى يخضع للتقادم حقا أو مالا كان غير خاضع له من قبل ، يسرى فور نفاذه فيمكن جريان التقادم فى شأنه منه هذا النفاذ لا قبله (١) .

٢ — **مدة التقادم** : مقتضى أعمال الأثر المباشر للقانون الجديد على التقادم الجارى هو إخضاعه للمدة الجديدة دون المدة القديمة . ولأصعوبة فى تطبيق ذلك إذا كان القانون الجديد يطيل مدة التقادم ، اذ يجب سريان المدة الجديدة الطويلة ولكن مع احتساب ما مضى من مدة جريان فى ظل القانون القديم (٢) . فإذا كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة صدر بعد بدئها بعشر سنين قانون يطيل المدة الى عشرين سنة ، فلا يتم التقادم المبتدأ فى القانون القديم اذن الا بعد عشر سنين من نفاذ القانون الجديد .

وأما فى حال تقصير القانون الجديد مدة التقادم ، فالأصل — أعمالا للأثر المباشر لهذا القانون — وجوب الأخذ بالمدة القصيرة الجديدة على كل تقادم جارى لما يكتمل . ولكن لا يتأتى ذلك الا بأسقاط ما سبق جريانه من مدة فى ظل القانون القديم من الحساب ، خشية ما قد يؤدى اليه احتسابها من اعتبار التقادم منتهيا فى ظل القانون القديم واعطاء القانون الجديد بذلك أثرا رجعيا

Roublier, op. cit., t. II, No. 99, p. 237. (١)

Roublier, op. cit., t. II, No. 99, p. 242. (٢)

لا يملكه (١) . ولذلك اذا وجب الاخذ بالمدة القصيرة الجديدة ، فينبغى سريانها واحتسابها وحدها منذ نفاذ القانون الجديد دون اعتبار لماجرى من مدة قبله . وهذا ما أخذ به المشرع المصرى بنصه على أنه « اذا قرر النص الجديد مدة للتقادم اقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك » (م ١/٨ مدنى) . ولكن لا يتأتى فى كل الاحوال اطلاق اعمال الاثر المباشر للقانون الجديد المقصر للمدة على أساس عدم جريانها واحتسابها الا منذ نفاذ هذا القانون ، اذ قد يؤدى بالقانون الجديد الى اطالة المدة بينما هو يهدف الى تقصيرها ، وهو ما يتحقق اذا كانت المدة السابق جريانها تنتهى على الأساس القديم الطويل قبل انتهاء المدة الجديدة القصيرة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد . لذلك يكون غير منطقي اعمال الاثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو ، كما لا يتأتى تطبيق هذا القانون على أساس احتساب ما مضى من مدة فى ظل القانون القديم خشية الرجعية على ما سبق البيان ، فلا يبقى من حل معقول الا السماح باستمرار سريان القانون القديم واحتساب التقادم الجارى على أساسه بحيث يتم باكتمال مدته ، وبذلك يحل الاثر المستمر للقانون القديم محل الاثر المباشر للقانون الجديد (٢) . وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الحل المنطقي الذى تقرره كذلك النظرية الحديثة (٣) ، اذ بعد أن وضع القاعدة من وجوب اعمال

Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 232, 242; t. I, note (1), (1)
p. 391.

ومع ذلك ، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى عكس هذا الرأى فى ظل التفتين الذى القديم مقررة وجوب احتساب المدة السابقة كذلك ، لعدم امكان القتها أو اهدارها (انظر : نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ ، مجموعة مير (المدنية) ، ج ١ ، رقم ٨ ، ص ١٦) . وانظر كذلك فى تأييد هذا القضاء ، وفى انتقاد مسلك التفتين الذى المصرى الحالى فى مخالفته والاخذ بالرأى العكسى المذكور فى المتن : شمس الدين الوكيل ، الموجز فى المدخل لدراسة القانون ، ١٩٦٥ ، فقرة ١٤٩ ، ص ٢٤٧ — ٢٤٩ .

Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 242, 243. (2)

(٣) انظر سابقا ، هابش « ١ » ، ص ٢٤٨ .
انظر مع ذلك نيبا يذهب اليه بعض الفقهاء من حل آخر يتلخص فى وجوب احتساب التقادم على أساس المدة القصيرة ، على أن يستنزل منها ما يعادل نسبة ما مضى من مدة فى ظل القانون القديم الى المدة المقررة فيه : عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو سفيان ، هابش (١) ، ص ١٩٢ وانظر فى انتقاد هذا الرأى :

Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 243 et note (2).

الاثـر المباشر للقانون الجديد المقصر لمدة التقادم على أساس سريانها منذ العمل به (م ٨ - ١ مدنى) ، عاد فخرج عليها بنصه على أنه « اذا كان الباقي من المدة التى ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي » (م ٨ - ٢) .

فالامر يتوقف اذن على قدر الباقي لاكتمال التقادم الذى بدأ فى ظل القانون القديم من المدة المقررة فيه . فاذا كان هذا الباقي أطول من المدة الجديدة بأسرها ، يصرف النظر عن المدة التى جرت من التقادم فى ظل القانون القديم ، وتفتتح مدة جديدة ابتداء من نفاذ القانون الجديد على الاساس القصير الوارد فيه . أما اذا كان الباقي أقصر من المدة الجديدة ، فيتم التقادم بانقضاء هذا الباقي .

وعلى ذلك ، اذا كانت مدة التقادم فى الاصل خمس عشرة سنة ، ثم صدر بعد سنة من ابتداء جريان التقادم قانون يقصر المدة الى عشر سنوات فلا اعتبار للسنة التى جرت من التقادم فى ظل القانون القديم ، وتبدأ مدة جديدة فى الجريان من يوم نفاذ القانون الجديد على الاساس الوارد فيه فيتم التقادم بعد عشر سنوات من هذا النفاذ . أما اذا كانت مدة التقادم فى الاصل خمس عشرة سنة ، وصدر بعد ثلاث عشرة سنة من بدء التقادم قانون يخفض المدة الى عشر سنوات ، فيكتمل التقادم بعد سنتين من نفاذ القانون الجديد ، أى بانقضاء الباقي حسب المدة المقررة فى القانون القديم .

٢٠٧ - التنازع الزمانى بين قوانين الإثبات

تنص المادة التاسعة من التقنين المدنى على أن « تسرى فى شأن الادلة التى تعد مقدما للنصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه اعداده » .

ويعرض هذا النص لنوع معين من الإثبات هو « الإثبات أو الدليل المهيأ » (preuve préconstituée) ، أى الدليل المعد أو الواجب الإعداد قبل أى خصومة قضائية ، مما يفترض أن اعداده وتهيئته أو وجوب ذلك ينبغى تحققة وقت صدور الفعل أو التصرف الذى يتصدى لاثباته . فهو اذن (م ٢٤ - المدخل الى القانون)

يصحب هذا الفعل أو التصرف ، مما يجوز — فى شأن تكوين المركز القانونى — تقريب عناصر اثباته من عناصر تكوينه ، والقول بأن القانون الذى يتم فى ظله تكوين المركز القانونى هو الذى يجب أن يحكم اثباته بالدليل المهيأ (١) . وبذلك لا يكون للقانون الجديد سلطان على مثل هذا النوع من الاثبات أو الدليل نظرا لانعدام أثره الرجعى . فمن الرجعية — وهو ما يتفق مع فقه النظرية الحديثة — اعادة النظر فيما تم فى الماضى من تكوين مركز قانونى سواء من حيث الموضوع أو من حيث الاثبات ، اذ يبقى القانون الذى تم فى ظله هذا التكوين هو المرجع فى شروطه وفى اثباته .

وإذا كان الدليل المهيأ محكوما دائما على هذا النحو بالقانون الذى أعد أو كان يجب اعداده فى ظله بحيث لا يكون للقانون الجديد سلطان عليه ، فيستوى أن يلغى القانون الجديد دليلا مهيأ كان يفرضه القانون القديم أو يفرض دليلا مهيأ لم يكن يتطلبه القانون القديم ، ففى الحالين يبقى الاثبات خاضعا للقانون القديم وحده (٢) .

وعلى ذلك اذا كان التقنين المدنى يتطلب أصلا الاثبات بالكتابة فى شأن التصرفات المدنية التى تجاوز قيمتها عشرة جنيهات ويكتفى بالاثبات بالشهادة فيما دون ذلك ، فإن التصرف الذى عقد فى ظل هذا الحكم وكانت قيمته خمسة عشر جنيها يظل واجب الاثبات بالكتابة حتى بعد صدور قانون الاثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الذى يجيز الاثبات بالشهادة فى التصرفات التى لاتجاوز قيمتها عشرين جنيها . ولو افترضنا العكس وكان القانون القديم هو الذى

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, p. 454.

وذلك على عكس الاثبات الواجب الاعداد أثناء سير الخصومة أمام القضاء ، فله يخضع بداهة لكل تغيير يحدثه القانون فى شأنه ، أى يخضع للسلطان المباشر للقانون الجديد (انظر : Roubier, Le droit transitoire, 1960, No. 54, pp. 239-242.

(٢) فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 454, 455; t. II, No. 83, p. 72, et note (1).

ولكن قارن فيما يذهب اليه بعض فقهاء النظرية التطبيقية من التفرقة بين الحاليتين والتول بمرتين القانون الجديد فى الحالة الاولى وبقاء الاثبات خاضعا للقانون القديم فى الحالة الثانية : Aubry et Rau, op. cit., t. I, No. 30, note 66, p. 137.

وانظر فى انتقاد هذه التفرقة :

Roubier, op. cit., t. I, No. 55, pp. 443-449.

يجزى الإثبات بالشهادة فيما لا يجاوز عشرين جنيتها بينما جاء القانون الجديد موجبا للإثبات بالكتابة فيما لا يجاوز عشرة جنهيات ، فان التصرف الذى عقد فى ظل القانون القديم وكانت قيمته خمس عشر جنيتها يظل جائز الإثبات بالشهادة حتى بعد صدور القانون الجديد .

وما يصدق فى هذا الشأن على الأدلة المهيأة يصدق كذلك على القرائن القانونية (١) . فالقرائن القانونية تشترك مع الأدلة المهيأة فى سبق اعدادها قبل أى خصومة قضائية ، ولا تختلف عنها الا فى كون القانون نفسه هو الذى يتولى هذا الاعداد فى شأن القرائن بينما يقع على عاتق الافراد أنفسهم أمر هذا الاعداد فى شأن الأدلة المهيأة . ولذلك فحيث يتطلب القانون اعدادا سابقا للإثبات قبل أى خصومة قضائية ، سواء بفرض أدلة مهيأة أو باستخلاص قرائن قانونية تعفى من تقرر لمصلحته من اثبات ما تقضى به ، فمعنى ذلك نشوء مركز قانونى اثباتى وقت اعداد أو وجوب اعداد الدليل المهيأ أو وقت حصول الوقائع المستخلصة منها القرينة القانونية ، بحيث لا يملك قانون جديد - دون رجعية - إعادة النظر فيه (٢) . وعلى ذلك ، فحيث ينشئ القانون قرينة لم تكن موجودة ، فانها لا تسرى على الوقائع السابقة أو تستخلص منها (٣) . وكذلك حيث يلغى القانون قرينة كان يفرضها من قبل ، فان الوقائع السابقة تبقى خاضعة لما كان مستخلصا منها - وقت وقوعها - من قرينة .

٢٠٨ - التنازع الزمانى بين قوانين المرافعات

فى شأن هذا التنازع ، يعمل المشرع المصرى مبدأ انعدام الاثر الرجعى

(١) راجع فى ذلك مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧٦ - ١٧٨ .

(٢) Roublert, op. cit., t. I, No. 56, pp. 449, 450.

(٣) ولذلك فان المادة ٩١٧ من التفتين المحدثين المصرى الحالي التى استحدثت قرينة قانونية على نية الإيذاء من تصرف الشخص الى أحد ورثته ولكن مع احتفاظه بجائزة العين المتصرف فيها وبعثته فى الانتفاع بها مدى حياته ، لا تسرى على التصرفات السابقة على نفاذ هذا التفتين والا كان سريتها رجعيا (فى هذا المعنى : عبد المتعم الجراوى ، عقد البيع من القانون المحدث ، ١٩٥٧ ، فقرة ٤٨ - منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة : البيع والمقايضة والإيجار ، ١٩٥٧ ، فقرة ١٦ ، ص ٣٢ - مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧٨ عبد الرازق السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، هلبش ص ٢٥ - نقض ١٤ مايو ١٩٦٤ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ١٥ ، رقم ١٠٧ ، ص ٦٧٣ - ولكن تارن : انور سلطان ، شرح البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٢٨ ، ص ٤٢ - ٤٤) .

للقانون الجديد من ناحية ، ومبدأ اثره المباشر من ناحية ثانية . غير انه لا يطلق هذا المبدأ الثانى كل الاطلاق ، بل يحد منه في أحوال معينة بما يؤدي الى اعطاء القانون القديم أثرا مستمرا .

(١) **انعدام الاثر الرجعى للقانون الجديد :** يطبق المشرع المصرى مبدأ عدم الرجعية بنصه على أن كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك (م ٢ — ١ مرافعات) . ومعنى ذلك أن اجراءات المرافعات تخضع للقانون الذى تتم في ظله ، فاذا تمت صحيحة طبقا لما يتطلبه هذا القانون ، فهي تبقى صحيحة رغم صدور قانون جديد يستلزم شروطا أخرى لصحة هذه الاجراءات . ذلك أن اعمال القانون الجديد وابطال ما تم صحيحا منها فى ظل القانون القديم ، انما يعتبر سحبا للقانون الجديد على الماضى ، وهو ما لا يجوز كتقاعدة عامة لانعدام اثره الرجعى .

وكذلك فتاكيدا لانعدام الاثر الرجعى للقانون الجديد ، تنص المادة ٢ — ٢ من تقنين المرافعات على أنه لا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها ، (١) .

(٢) **الاثـر المباشـر للقانون الجـديـد :** تشير الى هذا الاثر المادة الاولى من تقنين المرافعات بقولها « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها » . ومعنى ذلك أن القانون الجديد يسرى على الدعاوى المرفوعة فى ظل القانون القديم والتي لا تزال منظورة أمام القضاء . ولذلك اذا قرر قانون جديد مثلا نقل الاختصاص بنظر طائفة من الدعاوى من جهة قضائية الى جهة قضائية أخرى ، أو من محكمة الى محكمة أخرى فى نفس الجهة القضائية ، فيثبت الاختصاص للجهة القضائية أو المحكمة الجديدة بنظر كل دعوى من هذه الطائفة سبق رفعها فى ظل القانون القديم الى الجهة القضائية أو المحكمة الاولى وما زالت منظورة امامها لم تفصل فيما بعد .

(١) انظر في ذلك مقالنا سلف الذكر ، ص ١٥٤ .

وتطبيقا للآثر المباشر للقانون الجديد ، سبق أن نص القانون الصادر بالغاء المحاكم المختلطة على أن تحال الى المحاكم الوطنية كل الدعاوى التى تكون منظورة أمام المحاكم المختلطة عند حلول موعد الالغاء وبالحالة التى تكون عليها . ونص قانون اصدار تقنين المرافعات الجديد على أن تحيل المحاكم بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا التقنين وذلك بالحالة التى تكون عليها .

(٣) أحوال الخروج على الآثر المباشر للقانون الجديد : رغم أن المبدأ هو تطبيق القانون الجديد للمرافعات بآثر مباشر ، فقد استقر القضاء والفقه فى فرنسا على الخروج على هذا المبدأ فى أحوال معينة بما يؤدى الى تطبيق القانون القديم بآثر مستمر . وسأيرهما فى ذلك المشرع المصرى ، فأورد بضعة استثناءات من مبدأ الآثر المباشر لقوانين المرافعات نعرض لها بايجاز فيما يلى (١) :

١ — لا تسرى القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات على الدعاوى التى أقتل فيها باب المرافعات قبل نفاذها (م ١ — ١ مرافعات) ، فتستمر الولاية القديمة للمحكمة الاصلية وتقوم باصدار الحكم فيها . ويرجع استثناء هذه الحالة من مبدأ الآثر المباشر للقانون الجديد الى ما تقتضيه المصلحة العامة ومصلحة الخصوم انفسهم من عدم اعادة النظر فى نزاع قد استكمل تمحيصه وأصبح صالحا للحكم فيه .

٢ — لا تسرى القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات على ما بدأ قبل نفاذها من مواعيد (م ١ — ٢ مرافعات) . فإذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات وصدر قبل تمامه قانون معدل له ، فلا يسرى القانون الجديد استثناء مما له من اثر مباشر ، بل يستمر الميعاد فى جريانه حتى ينتهى وفقا للقانون القديم الذى بدأ

(١) راجع فى هذه الاستثناءات مقالنا سلف الذكر ص ١٥٦ — ١٥٨ .

في ظله . والمقصود بهذا الاستثناء تحقيق وحدة حساب الميعاد في نهايته على نفس الاساس الذى قامت عليه بدايته (١) .

٣ — لا تسرى القوانين المنشئة أو الملفية لطرق الطعن على الاحكام الصادرة قبل نفاذها (١م—٣مرافعات) . فاذا صدر قانون الغى طريقا من طريق الطعن كان موجودا او انشأ طريقا جديدا من طرق الطعن لم يكن موجودا ، فلا يسرى هذا القانون على الاحكام التى صدرت قبل نفاذه (٢) . وعلى ذلك فالحكم القابل للطعن بطريق الاستئناف يظل قابلا للاستئناف رغم صدور قانون جديد يلغى هذا الطريق من طرق الطعن في شأن مثل هذا النوع من الاحكام ، والحكم غير القابل للععن بطريق النقض لا يصبح قابلا للطعن فيه بهذا الطريق بعد صدور قانون جديد يبيح الطعن بالنقض في مثل هذا النوع من الاحكام (٣) .

٢٠٩ — التنازع الزمانى بين قوانين العقوبات

(١) التشدد في مبدأ عدم الرجعية : اشرنا من قبل الى أن مبدأ عدم رجعية القوانين هو مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع كقاعدة عامة . فالمشرع — اذا

(١) وفي ذلك مخالفة للقواعد الخاصة بالسريان الزمانى للقوانين المطبلة أو المقصرة لمدة المقام والذى كان يجب اعمالها في شأن القوانين المعدلة للمواعيد والمهل بوجه عام ، توحيدا للحلول القانونية في صدد المشاكل المتباعدة (انظر : Roubier, op. cit., t. II, No. 144, p. 730.

ولعل هذه المخالفة تجد ما يبررها من قصر مواعيد المرافعات بالنسبة الى مدد التقادم .
(٢) غير أن هذه الحالة لا تثقل استثناء من مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد في كل الصور .
فحيث يتعلق الامر بأحكام نهائية أو صارت نهائية قبل نفاذ قانون منشئ لطريق جديد من طرق الطعن ، فيكون من الطبيعي عدم سريانه عليها ، بل يكون من الرجعية — أمام تمام تكوين المركز القانونى في ظل القانون القديم — تقرير هذا السريان (قارب : نقض ٢١ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعة المكتب الفنى للاحكام بحكمة النقض ، س٢ ، رقم ٨٩ ، ص ٥٢٠) . أما اذا نطق الامر بأحكام غير نهائية أو لم تصر بعد نهائية قبل نفاذ قانون جديد ملغ لطريق من طرق الطعن كان موجودا فيقتضى الاثر المباشر لتقرير سريانه على مثل هذه الاحكام لأن المركز القانونى ما زال جاريا لم يبلغ بعد تمام تكوينه ، ويكون استثناء حقيقيا من مبدأ الاثر المباشر حينئذ منع هذا السريان وتقرير استمرار سريان القانون القديم (قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من اعتبار أن سريان القانون الجديد المنشئ أو الملغى لطريق من طرق الطعن على الاحكام الصادرة قبل نفاذه — نهايته كتبت أو غير نهائية — هو سريان رجعى وأن منع هذا السريان هو محض تطبيق

ابدا عدم الرجعية

Roubier, op. cit., t. II, No. 144, p. 728.

(٣) حكم محكمة النقض المذكور في الهامش السابق .

أراد — سحب القوانين على الماضي بنصه صراحة على ذلك، غير أن سلطته في هذا الشأن معدومة في مسائل العقوبات . فالمبدأ هو عدم رجعية القوانين الجنائية التي تبين الجرائم وتقرر العقوبات عليها ، وهو مبدأ يقيد المشرع كما يقيد القاضي ، فلا يملك المشرع حتى بنص صريح منه — الخروج عليه . وقد حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة وتقنين العقوبات المصري على النص على هذا المبدأ . والواقع أن هذا المبدأ ألزم ما يكون في قوانين العقوبات خاصة ، وذلك كفالة للحريات الفردية ومنعاً من التوصل الى العقاب على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها .

ومقتضى مبدأ عدم الرجعية أن يكون التجريم والعقاب محكوماً بالقانون الذي يرتكب الفعل في ظله ، فلا يسرى على هذا الفعل أى قانون جديد . ولا خلاف على أعمال هذا المبدأ ، ليس فحسب حيث يقرر القانون الجديد التجريم والعقاب على فعل كان وقت ارتكابه مباحاً ، بل كذلك حيث يكون الفعل وقت ارتكابه معتبراً جريمة معاقباً عليها ولكن يقرر القانون الجديد تشديد هذا العقاب .

(٢) **رجعية قوانين العقوبات الأصلح للمتهم** : ليس مبدأ عدم رجعية قوانين العقوبات بالمطلق إذ يرد عليه استثناء خاص بقوانين العقوبات الأصلح للمتهم (١) ، فيكون للمتهم الاستفادة من القوانين التي تصدر بعد ارتكاب الجريمة إذا كانت أصلح له من القوانين التي ارتكب الجريمة في ظلها .

(١) ومع ذلك ، ينكر الأستاذ « روبيه » أن في سريان قوانين العقوبات الأصلح للمتهم على الجرائم المرتكبة قبل نفاذها خروجاً على مبدأ عدم الرجعية ، أنظر سابقاً ، ص ٦٧ وهامش « ٢ » منها . وانظر في انعقاد هذا الرأي : Esmein, op. cit., p. 153 . ومن ناحية أخرى ، يذهب « ديجي » الى أنه إذا كان التجريم يخضع للقانون السائد وقت ارتكاب الفعل ، فإن العقاب يخضع للقانون السائد وقت الحكم . ولذلك فالأصل عنده في العقاب هو سريان القانون النافذ وقت الحكم ، سواء كان أخف أو أشد من القانون النافذ وقت ارتكاب الجرم ، وهو سريان طبيعي لا شبهة للرجعية فيه . ولكن خروجاً على هذا السريان الأصلي (أو المباشر) ، خضع العقاب للقانون الذي ارتكب الجرم في ظله إذا كان هذا القانون أخف وأصلح للمتهم من القانون الذي يصدر الحكم في ظله . وبذلك يقلب « ديجي » الوضع المسلم في المآتب ، فيجعل الأصل هو تطبيق قانون وقت الحكم ، والاستثناء — لإفادة المتهم — هو تطبيق قانون وقت الجرم .

وحكمة هذا الاستثناء ظاهرة ، اذ يقضى الصالح العام — هو الذى تتكيف به الجريمة والعقوبة على السواء — بعدم أخذ المتهمين بجرائم قد غدت معتبرة افعالا مباحة ، أو بعقوبات قد ظهرت شدتها فانتهى الامر الى تخفيفها .

وقد نص تقنين العقوبات المصرى على هذا الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية ، بنصه على أنه « اذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم ، فهو الذى يتبع دون غيره » . واذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه ، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية » (م ٢/٥ و ٣) . ويتقضى اعمال هذا النص التفرقة بين ما اذا كان القانون الجديد يقتصر على تخفيف العقوبة لم يصل الى الغائها أو منعهما أو الغاء الجريمة .

١ — تخفيف العقوبة : اذا صدر قانون جديد ينص على عقوبة أخف من العقوبة المقررة فى القانون القديم ، فيسرى القانون الجديد على الجرائم التى ارتكبت فى ظل القانون القديم ما دام لم يصدر حكم نهائى بشأنها (م ٥ — ٣ عقوبات) أى أن استفادة المجرم أو المتهم من القانون الجديد فى هذه الحالة — رغم ارتكاب الجريمة فى ظل القانون القديم — رهن صدور حكم نهائى بالعقوبة . والمقصود بالحكم النهائى ذلك الحكم الذى استنفدت كل طرق الطعن فيه . فالمتهم يستفيد اذن من كل قانون جديد يصدر بتخفيف العقاب حتى بعد صدور حكم فى شأن جريمته ، ما دام هذا الحكم لم يصبح نهائيا بعد لانه ما يزال قابلا للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض . أما اذا أصبح الحكم نهائيا فامتنع الطعن فيه باحدى هذه الطرق ، فكل تخفيف للعقاب يأتى به قانون يصدر بعد ذلك ، لا يستفيد منه المحكوم . وحكمة ذلك واضحة ، اذ ان اعمال التخفيف يقتضى حكما جديدا يقرره ، وهو أمر بات مستحيلا أمام ما للحكم النهائى بالعقاب من قوة الامر المقضى

٢ — الغاء الجريمة أو منع العقوبة : اذا صدر قانون جديد يعتبر فعلا مباحا ما كان معتبرا جريمة فى نظر القانون القديم أو يوجد مانعا من موانع العقاب

عليها ، فيستفيد منه كل شخص ارتكب هذه الجريمة فى ظل القانون القديم حتى ولو كان قد صدر ضده حكم نهائى بالعقاب (م ٥-٣ عقوبات) . فمصرورة الحكم نهائيا باستنفاد طرق الطعن فيه ، بل وابتداء تنفيذه ، لا يحرم المحكوم عليه من الافادة من القانون الجديد بما يؤدى فى هذه الحالة الى وقف تنفيذ الحكم وانتهاء كل اثاره الجنائية . وواضح ان عدم التقيد بنهائية الحكم فى هذه الحالة — على خلاف حالة تخفيف العقاب — مرده الى أن اعمال القانون الملغى للتجريم أو المانع من العقاب لا يتوقف على صدور حكم قضائى جديد بحيث تقف أمامه عقبة قوة الامر المقضى ، فيكفى حينئذ وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها (١) .

غير أن الافادة من القانون الجديد فى هذه الحالة لا تنصرف الى قوانين العقوبات المؤقتة (٢) . فانتفاء فترة سريانها لا يحول دون ملاحقة من خلفها أو المضى فى تنفيذ العقوبات المحكوم بها طبقا لها (م ٥/٤ عقوبات) . وحكمة ذلك أنه بانقضاء فترة سريان القانون الجنائى المؤقت تعتبر أفعالا مباحة الجرائم المنصوص عليها فيه ، فيكون من الواجب طبقا للمقرر من الافادة من القانون الاصلح أن يفيد من هذه الاباحة كل شخص ارتكب هذه الجرائم سواء حكم عليه نهائيا أو لم يكن قد حكم عليه بعد ، وهو ما يؤدى — نظرا الى ما مثل هذا القانون من سريان مؤقت محدود — الى التشجيع على ارتكاب ما ينص عليه من جرائم طمعا فى الافادة من الاعفاء من العقاب عليها وانقضاء آثارها الجنائية بغوات فترة السريان المحدودة لهذا القانون .

(١) فى هذا المعنى :

Esmein, op. cit., p. 155

(٢) أنظر فى اتساع « قوانين العقوبات المؤقتة » للقوانين المؤقتة بالنص والقوانين المؤقتة بالطبيعة على السواء ، وفى انتقاد مسلك محكمة النقض المصرية (نقض ٢٨ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (جنائى) ، ج ٧ ، رقم ٦٩ ، ص ٦٣) فى قصرها على القوانين المؤقتة بالنص وحدها :

السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة فى قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ١٥٤ و ١٠٥ ،
مغالينا سالف الفكر ، ص ١٦٢ — ١٦٤ — . محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ،
القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٦٢ فقرة ١٠٥ ، ص ١٢٥ .

الباب الثاني

تفسير القاعدة القانونية (١)

٢١٠ - تمهيد وتقسيم

إذا تمين نطاق القاعدة القانونية أو مدى سريانها على ما بسطناه في الباب السابق ، لم يبق - لامكان تطبيق القاعدة القانونية على فروض الواقع - الا تفسيرها ، أى الوقوف على معنى ما تتضمنه من حكم والبحث عن الحكم الواجب اعطاؤه لما قد يعرض فى العمل من فروض لم تواجهها القاعدة القانونية .

فالتفسير اذن له معنى اوسع مما يتصور له اول وهلة . فهو ينصرف لا الى التشريع وحده أو القوانين المكتوبة بوجه عام - كما يرى بعض الفقهاء (٢) - ولكن الى بقية المصادر الرسمية الاخرى للقانون كذلك ، كالعرف والدين والقضاء فى الدول التى تعدده مصدرا رسميا للقانون فيها ، وذلك لبيان ما تتضمنه هذه المصادر الرسمية من أحكام تنطبق على ما تواجهه من فروض . فان عجزت كل هذه المصادر الرسمية عن اعطاء الحكم لبعض ما قد يستجد من فروض فى العمل ، فلا مناص حينئذ من دفع التفسير - كما سنرى - الى غيرها من المصادر المادية أو الموضوعية للقانون لاستنباط الحكم منها ، فهى التى تمثل جوهر القانون ومصدره الحقيقى . فمشكلة التفسير اذن مشكلة عامة تثار

(١) راجع فى ذلك بمصفة خلصة :

Gaudemet, L'interprétation du code civil en France depuis 1804. — Génv, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2ème éd., 1932. — Du Pasquier, Les lacunes de la loi et de la Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er, ccs.

(٢) عبد الرازق المنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت ، فترة ١٥٨ . عبد الفتاح عبدالمباقى ، فترة ٢٠١ .

بصدد كل المصادر الرسمية للقانون على اختلافها ، ثم تجاوز ذلك كله — عند
نقصها — الى المصادر الاولية المكونة لجوهره .

وينبغى الوقوف — في صدد مشكلة تفسير القاعدة القانونية — على أنواع
التفسير والهيئات المختلفة التى قد تقوم به . ثم التعرف بعد ذلك على المدارس
والمذاهب المختلفة فى فقه التفسير ، وهى التى ينعكس أثر اختلافها على ضوابط
التفسير وطرائقه .

ومن هنا ، نقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الاول — فى أنواع التفسير .

الفصل الثانى — فى مدارس التفسير وطرائقه .

الفصل الأول

أنواع التفسير

لا تستقل هيئة واحدة بمهمة تفسير القواعد القانونية ، بل قد تقوم بها هيئات : فقد يصدر التفسير عن المشرع نفسه ، وقد يصدر عن الفقه ، أو قد يقوم به القضاء حينما يدعى الى تطبيق القواعد القانونية .

٢١١ - التفسير التشريعي

يقصد بالتفسير التشريعي (L'interprétation législative) قيام المشرع نفسه ببيان حقيقة معنى الحكم الوارد في تشريع سابق أشتد حول تفسيره الخلاف في القضاء ، أو أخذ القضاء في تفسيره بمعنى يناقى قصد المشرع منه . ففى مثل هذه الاحوال يرى المشرع من واجبه التدخل حسبها للخلاف ، أو بياناً للمعنى المقصود من التشريع . وقد كان هذا النوع من التفسير رائجا في الجماعات القديية ، بل كان معتبرا أهم أنواع تفسير القانون فيها . غير أنه لم يعد للتفسير التشريعي في العصر الحديث اليوم الا حظ ضئيل في تفسير القواعد القانونية ، بالنظر الى انتشار مبدأ فصل السلطات واقتصار المشرع على فرض القواعد القانونية والالزام بها ، تاركا الى القضاء مهمة تفسيرها وتطبيقها على فروض العمل المختلفة .

وفي الحالات النادرة التى يتدخل فيها المشرع اليوم لتفسير تشريع سابق ، يكون هذا التفسير ملزما للمحاكم بحيث تنقيد به في الحكم ومقا للتشريع السابق . وقد اشرنا من قبل الى مدى سريان التشريعات التفسيرية في الزمان ، ووجوب تطبيقها على كل ما لم يفصل فيه نهائيا من القضايا . ومن امثلة التفسيرات التشريعية في مصر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذى فسر ما قرره المرسوم الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض

السعر الإلزامى للعملة الورقية من بطلان شرط الدفع بالذهب ، بأن هذا البطلان لا يقتصر على المعاملات الداخلية بل يمتد كذلك الى المعاملات الخارجية .

والتفسير التشريعى يصدر عادة من الهيئة التى أصدرت التشريع المراد تفسيره كما فى الامثلة السابقة . غير أن ضرورات العمل قد تدعو الى تحويل هيئة أخرى حق القيام بهذا التفسير ، مما يعتبر معه تفسيرها تفسيراً تشريعياً ملزماً كذلك . ومثال ذلك ما يخوله المشرع للهيئة العامة للإصلاح الزراعى من سلطة تفسير أحكام قانون الإصلاح الزراعى تفسيراً تشريعياً ملزماً ، وما يخوله للجنة عليا محددة (١) من سلطة التفسير التشريعى لأحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة .

٢١٢ - التفسير الفقهى والقضائى

يتصد بالتفسير الفقهى (L'interprétation doctrinale) ذلك التفسير الذى يقوم به الفقهاء بصدد دراستهم للقانون . أما التفسير القضائى (L'interprétation judiciaire) ، فيقصد به ذلك التفسير الذى تتولاه المحاكم حينما تدعى الى تطبيق القانون على المنازعات المرفوعة اليها . والتفسير الفقهى والقضائى هو ما نقصده أساساً من الكلام فى تفسير القاعدة القانونية . ويراعى أن القضاء هو لا يندفع الى التفسير الا للحكم فيما أمامه من منازعات وأقضية — يتأثر الى حد بعيد بالاعتبارات والظروف العملية ، بينما الفقه تغلب على تفسيره الصفة النظرية ، اذ هو يبحث عن تعرف قواعد القانون فى تجربتها ، لا فى تطبيقها الفردى بصدد منازعات خاصة معينة . ولا يعنى ذلك وجود تعارض تام بين الفقه والقضاء ، فهما — على العكس من ذلك — يحرصان على التعاون فيما بينهما فى تفسير القانون بما يتيح الجمع بين

(١) تشكل هذه اللجنة برئاسة وزير العدل وعضوية كل من رئيس مجلس الدولة ورئيس ديوان الموظفين ووكيل وزارة الخزانة (م ٦٧ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ فى شأن نظام العاملين المدنيين بالدولة) .

الفوائد النظرية والعلمية على السواء . فالتفسير الفقهي يسبق عادة التفسير القضائي ويعين عليه ، وهو يضطر القضاء على اى حال — أمام تداول الخصوم مختلف التفسيرات الفقهية — الى اتخاذ موقف منها بالانحياز الى بعضها دون البعض الآخر . والتفسير القضائي كذلك يكون محلا لعناية كبرى من جانب الفقه ، فيحاول — عن طريق الوصل بين مختلف الاحكام — استخلاص الاتجاهات العامة للقضاء . وقد تمد الاحكام القضائية الفقه بفروض عملية لم يتصورها فى المجال التجريبي البحث ، مما قد يدعوه الى اعادة النظر فيما سبق من تفسيره أو الى تضيق شقة الخلاف بين مختلف التفسيرات الفقهية . ولكن قد يدعو انتقاد الفقه اتجاها معينا للقضاء الى حمل المحاكم على العدول عما استقرت عليه من قبل من تفسير .

الفصل الثاني

مدارس التفسير وطرائقه

توجد مدارس رئيسية ثلاث تختلف في طرائق التفسير تبعا لاختلاف النظرة فيما بينها الى اصل القانون واساسه . فحيث يعقد القانون برادة الدولة وتنحصر مصادره في التشريع ، تظهر مدرسة التزام النص في التفسير . وحيث يؤخذ القانون على انه انبعثت من ضمير الجماعة ومن الظروف المحيطة بها ، توجد المدرسة التاريخية او الاجتماعية في التفسير . وحيث يؤخذ القانون على انه جوهر وصناعة او علم وصياغة ، توجد المدرسة العلمية او مدرسة البحث والتفسير الحر . فنعرض لكل من هذه المدارس . ولما تتبعه من طرائق في التفسير ، ثم للتفسير في القانون المصرى .

المطلب الاول

مدرسة التزام النص

L'Ecole de l'exégèse

٢١٢ — فقه مدرسة التزام النص وطرائقها (١)

ظهرت هذه المدرسة فى أعقاب التقنينات الفرنسية التى صدرت فى مفتتح القرن التاسع عشر ، اذ بهرتها حركة التقنين الضخمة التى لم يكن للناس عهد بها وساعدتها على تأييد اعتقاد المذهب الشكلى فى رد القانون الى ارادة الدولة

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة :

Bonnecase, Introduction à l'étude du droit, 3e. éd., 1937, Nos. 140 — 154. — Gény, op. cit., t. I, Nos. 8 - 30.

ومشينة المشرع . فتادت الى القول بأنه لا يوجد شيء وراء التشريع من مصادر موضوعية ، أو دونه من مصادر رسمية ، وأن هذه التقنيات قد جمعت فأوعت وتنبأت بكل ما قد يعرض في المستقبل من فروض .

وامام هذا المنطق في تصور تكوين القانون ، أضفت هذه المدرسة على نصوص التشريع قدسية كبيرة حتى لكانها تنزيل من عند الله . ولم تقدس مضمون هذه النصوص فحسب ، بل قدست فضلا عن ذلك الترتيب الواردة به في التقنيات ، فجرت شروح فقائها على تناولها نصا نصا بحسب ترتيبها الرسمي ، حتى عرفت هذه المدرسة كذلك باسم « مدرسة الشرح على المتون » .

ولم يكن بد - والتشريع يعتبر على هذا النحو المصدر الوحيد للقانون ، ونصوصه في مثل هذا المكان من التقديس - من أن يقوم تفسير القانون في منطق هذه المدرسة على مجرد تفسير نصوص التشريع . ولما كان التشريع لا يصدر الا عن ارادة واعية بصيرة هي ارادة المشرع ، فتفسير نصوصه ينحصر - عند هذه المدرسة - في الوقوف على هذه الارادة وقت وضعها لا وقت تطبيقها ، حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية تغيرا كبيرا بين وقت وضع النصوص ووقت تطبيقها . فالقواعد القانونية إذن هي مجرد تعبير عن ارادة المشرع ، فلا قيمة لها بذاتها مجردة عن هذه الارادة . ومن هنا ، يتحتم - للوقوف على مضمون القواعد القانونية - الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية . أن وجدت ، فإن لم توجد لم يكن ثم مناص من الالتجاء الى ارادته المفترضة . غير أن مدرسة التزام النص لم تذهب الى حد الالتجاء الى ارادة المشرع المفترضة في مجال تقرير الجرائم وفرض العقوبات .

أولا - الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية :

إذا كان النص واضحا في صيغته ولا خفاء في معناه ، فهو يكشف في يسر عن ارادة المشرع بمجرد التفسير اللفظي أو اللغوي ، مما يكاد يقتصر معه دور المفسر على التطبيق الا الى النص ، اذ كما يقولون « لا اجتهاد مع النص » . غير أن من النادر أن يأتي النص واضحا وضوحا لا يحتاج معه الى أكثر من (م ٢٥ - المدخل الى القانون)

التفسير اللفظي أو اللغوي ، فقد يكون مبهما أو ناقصا . وهنا يرجع - فى الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية - الى عناصر خارجية لا تستمد من اللفاظ النص .

(١) فقد تعين حكمة التشريع على تبين المقصود من اللفاظ النص . فقانون العقوبات مثلا يعتبر الليل ظرفا مشددا للعقاب على جريمة السرقة . ولما كان للفظ « الليل » معنيان : معنى لغوي يفيد فترة الاظلام ، ومعنى فلكي يفيد الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها ، فلا يفيد فى ترجيح أحد المعنيين الا الوقوف على الحكمة من تشديد العقاب . وظاهر أن هذه الحكمة هى اتخاذ الليل ستارا يسهل فى ظلامه ارتكاب السرقة . ومن هنا ، ينبغى أخذ « الليل » فى تشديد العقاب بمعناه اللغوي لا بمعناه الفلكي ، واعتبار هذا المعنى هو الذى اتجه اليه قصد المشرع الحقيقي .

(٢) وقد يستعان بالمصادر التاريخية التى استقى المشرع منها نصوصه فى الوقوف على ارادته الحقيقية . فيرجع مثلا فى القانون المصرى الى الشريعة الاسلامية لتفهم النصوص التشريعية الخاصة بالشفعة والميراث والوصية ، باعتبارها مصدرها التاريخي . ويرجع الى القانون الفرنسى لتفهم كثير من النصوص التشريعية التى استقاها المشرع المصرى منه .

(٣) وكثيرا ما يستعان كذلك بالاعمال التحضيرية التى صاحبت وضع نصوص التشريعات والمناقشات التى دارت حولها للوقوف على معناها وقصد المشرع الحقيقي منها (١) .

ثانيا - الالتجاء الى ارادة المشرع المفترضة :

(١) الاستعانة بطرق الاستنتاج المنطقي : اذ لم توجد ارادة حقيقية للمشرع

(١) وثائرا بذلك ، يشتد الاهتمام فى العصر الحديث بنشر هذه الاعمال التحضيرية للاستعانة بها فى التفسير . ومن الأمثلة البارزة على ذلك ، نشر الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى الحالى فى سبعة أجزاء ، تضم مختلف المراحل التى مرت بها نصوصه وبأدار حولها من مناقشات وطرا عليها من تعديلات الى ان خرجت بصورتها النهائية الحالية .

يمكن الوقوف عليها بالوسائل السابقة ، بان لم توجد نصوص تنطبق مباشرة على بعض فروض العمل ، فتستخرج الحلول الواجب اعطاؤها لهذه الفروض من نصوص التشريع نفسه بواسطة طرق الاستنتاج المنطقي المختلفة ، وتنسب هذه الحلول الى المشرع نفسه على أساس أن هذه هي ارادته المفترضة ، أى على أساس افتراض وجود ارادة للمشرع فى الاخذ بهذه الحلول وان يكن قد أغفل التعبير عنها . ومرد هذا الافتراض الى أن المشرع اما قد نص على نفس هذه الحلول فى فروض مشابهة أو فى فروض تكون علة الحكم فيها أضعف من علة فى الفروض غير المنصوص عليها ، واما قد نص على عكس هذه الحلول فى الفروض المخالفة . أى يقوم افتراض ارادة المشرع على الاستنتاج عن طريق القياس ، أو الاستنتاج من باب أولى ، أو الاستنتاج من مفهوم المخالفة

١٥٠ - **الاستنتاج عن طريق القياس** : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها لاتحاد العلة فى الحالتين . فمثلا كانت المادة ٢٢٧ من القننين المدنى المصرى القديم تنص على أن المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها مالم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء ، فامكن قياس الختم والبصمة على الامضاء واعطائهما نفس الحكم (١) . وتنص المادة ٩١٧ من القننين المدنى الحالى على عدم جواز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى ، فيقاس على عدم جواز النزول فى هذا الشأن عدم جواز الإيجار ، اذ العلة واحدة فى الحالتين وهى اقتصار الحق على صاحبه نفسه هو وأسرته وبمقدار حاجتهم الشخصية (٢) .

٢ - **الاستنتاج من باب أولى** : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها ، لان علة الحكم فى الحالة الاولى تكون أكثر توافرا

(١) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فترة ١٦٤ ، ص ٢٠٩ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٩ ، ١٩٦٨ ، فترة ٥٤٦ ، ص ١٢٧٦ .

منها في الحالة الثانية(١) . فتقنين العقوبات المصرى مثلا يخفف العقاب على من يقتل زوجته وشريكها حال تلبسهما بالزنا ، فيسرى التخفيف الوارد بشأن القتل على الضرب المحدث لعاهة مستديمة من باب أولى . والتقنين المدنى المصرى يقرر امتيازاً للنفقة المستحقة للاقارب عن الستة الأشهر الاخيرة ، فيستخلص منه البعض من باب أولى تقرير نفس الامتياز للنفقة المستحقة للزوجة باعتبار ان نفقة الزوجة أولى بالامتياز من نفقة الاقارب (٢) .

٣ - الاستنتاج من مفهوم المخالفة : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص

عليها عكس حكم حالة منصوص عليها ، أما لاختلاف العملة في الحاليتين ، وأما لان اقتصار النص على هذه الحالة يفيد تخصيصها وحدها بالحكم الوارد فيه ونفى هذا الحكم عما عداها من حالات نفس النوع .

فالمادة الرابعة مثلاً من التقنين المدنى تنص على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر ، فيستنتج بمفهوم المخالفة أن من يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع يكون مسئولاً عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر . وتنص المادة ١١٣٧ من هذا التقنين على أن « الحقوق المبينة في المواد الآتية تكون ممتازة الى جانب الحقوق المقررة بنصوص خاصة » ، فيستنتج من ذلك بمفهوم المخالفة ان الحقوق التى لم ينص على امتيازها لا تكون حقوقاً ممتازة بل تكون مجرد حقوق عادية .

وفى التقنين المدنى القديم كان منصوصاً على بطلان بيع الحقوق فى تركة مستقبلية ، فاستنتج من مفهوم المخالفة أن كل ما عدا ذلك من بيع الاشياء المستقبلية يعتبر صحيحاً ، على أساس اعتبار أنه قد قصد تخصيص حالة بيع التركة المستقبلية بالبطلان دون غيرها من حالات بيع الاشياء المستقبلية(٣) ، وقد أخذ التقنين المدنى الحالى صراحة بمضمون هذا الاستنتاج (م ١٢١) .

(١) ومن الأمثلة البارزة التى يضر بها علماء أصول الفقه فى الشريعة الإسلامية على ذلك حظر ضرب الولد والديه استنتاجاً من باب أولى من قوله تعالى « ولا تقل لهما أه ولا تنههما » .
(٢) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ ،قرة ١٢٩ ، ص ٢٠٩ .
عبد المظم البدرأوى ، المرجع السابق ، ١٩٦٦ ، قرة ١٤٦ ، ص ٢٢١ .
(٣) عبد الرازق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، قرة ١٦٤ ، ص ٢١١ .

(٢) استخلاص مبادئ عامة من النصوص واستخراج حلول من هذه المبادئ : اذا لم تغلح كل طرق الاستنتاج المنطقي هذه فى ايجاد حلول لما يستجد فى العمل من فروض ، فيلجأ الى استخراج بعض المبادئ والنظريات العامة من نصوص التشريع المختلفة ، ونسبة هذه المبادئ والنظريات افتراضا الى ارادة المشرع وقت وضع التشريع ، ثم الاعتماد عليها فى تفريع واستخلاص الحلول اللازمة لمواجهة فروض العمل الجديدة على أساس أنها كذلك قصد المشرع وارادته المفترضة (١) .

ثالثا - الوقوف عند الارادة الحقيقية للمشرع فى بعض المسائل الجنائية :

ولكن مدرسة التزام النص لا تطلق التفسير واسعا على النحو السالف بيانه فى كل المسائل . ففى المسائل الجنائية ، ترى أنه يجب اتباع التفسير الضيق الذى يقنع بتبين الارادة الحقيقية للمشرع دون مجاوزة ذلك انى ارادة مفترضة له ، وذلك احتراما للقاعدة الاصولية فى المسائل الجنائية التى تقضى بانه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » .

غير أن هذه القاعدة تعين نطاق التفسير الضيق الواجب فى المسائل الجنائية بمجال تقرير الجرائم وفرض العقوبات فحسب ، اذ يؤدى التوسع فى التفسير فى هذا المجال الى خلق جرائم او فرض عقوبات لا ينص عليها القانون والخروج بالتالى على هذه القاعدة ؛ اما فى غير هذا المجال ، حيث يتغلق الامر بالاجراءات الجنائية او النع من العقاب او الاعفاء من المسؤولية الجنائية ، فلا حرج من التوسع فى التفسير على النحو السابق بيانه .

وهذا المذهب فى تفسير القانون الجنائى ، هو المسلم الى اليوم فى الفقه الحديث (٢) .

(١) Coste-Floret, Les problèmes fondamentaux du droit, 1946, p. 113.

(٢) راجع فى تفسير القانون الجنائى :

السيد مظهر الدين ، « المرجع السابق » ، نفس ٨٤ = ٨٧ - مجموعة هندية هندية ١٩٤٠
المنطق فى نقرات ٧٤ : ٨٢ - وخاصة نقرات ٨٠ و ٨١ .

٢١٤ — نقد مدرسة التزام النص (١)

تلك هي مدرسة التزام النص في تفسير القانون . وعيب نهجها في التفسير يتركز أولا في فساد الاساس الذي تقوم عليه في تصور القانون ، فالقانون عندها هو ارادة الدولة ولا شيء غير ارادتها ، مما يستتبع أن يكون التشريع هو مصدره الوحيد . ولا حاجة الى بيان فساد هذه النظرة الشكلية الى القانون .

وهذه النظرة الضيقة الى القانون أدت الى وقف جهد التفسير على نصوص التشريع والاسراف في استعمال طرق التفسير اللفظي أو اللغوي بشأنها ، وفي الاهتمام على الاعمال التحضيرية التي مهدت لوضعها ، رغم أنه ليس لها حجية مطلقة في بيان قصد المشرع ، لما قد يشوبها من أخطاء أو يقع فيها من تناقض .

وكذلك أدى منطق هذه المدرسة الى دوران التفسير كله في فلك ارادة المشرع ، للوقوف — ليس فقط على ما اتجهت اليه هذه الارادة فعلا — ولكن كذلك على ما يفترض أنها كانت تتجه اليه وقت وضع النصوص لو أنه عرض أمامها ما سوف يستجد في العمل من فروض . وفي ذلك أسرف فقهاء هذه المدرسة في الاعتماد اعتمادا كبيرا على طرق الاستنتاج المنطقي المختلفة ، رغم ما ينبغي من حذر شديد في الالتجاء اليها . فيجب عدم اطلاق الاستنتاج عن طريق القياس بل قصره فحسب على الحالات التي لا يكون فيها النص المقاس عليه مقررًا لحكم استثنائي . والالتجاء الى طريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة غير مأمون المواقف ، إذ قد يكون الحكم المنصوص عليه مجرد حكم وارد على سبيل التمثيل بحالة معينة تطبيقا لقاعدة عامة لا على سبيل الحصر والاستثناء ، فيكون من الخطأ إذن اعتبار هذا الحكم بصفة مطلقة خاصا بتلك الحالة دون غيرها من الحالات الأخرى المشتركة في نفس الصفة والوضع ، واعطاء هذه الحالات حكما عكسيا لحكمها .

(١) راجع في ذلك بمعة خاصة :

Géay, op. cit., I, Nos. 31-34 ; 60-62 — De La Gressye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 364.

وكذلك فالعبودية للنصوص التى هى طابع هذه المدرسة ، ومنطقها فى قمر هذه النصوص قسرا لاستخلاص حلول ومبادئ ونظريات عامة تنسب زورا الى ارادة المشرع توصلنا الى اكسابها نفس القدسية التى تتمتع بها النصوص ، كل ذلك ادى الى الجهود بالقانون وعرقلة تطوره وحصره فى ارادة مفترضة للمشرع وقت وضع النصوص ، حتى ولو بعد بوضعها العهد وتغيرت ظروف الحياة فى الجماعة ايماء تغير .

المطلب الثانى

المدرسة التاريخية أو الاجتماعية (١)

L'Ecole Historique au Sociologique

٢١٥ — تطور التفسير بتطور الظروف الاجتماعية

ظهرت هذه المدرسة فى ألمانيا ولم تجد لها فى فرنسا الا انصارا قليلين . وتأثيرها واضح وكبير بتعاليم المذهب التاريخى فى تصور القانون باعتباره خلقا ذاتيا ينبعث من الجماعة . ولذلك لم تكن لارادة المشرع عند هذه المدرسة قيمة فى ذاتها ، وانما كل قيمتها فى تعبيرها عن حاجات الجماعة المتطورة المتجددة . ومن هنا ، فالنصوص اذا وضعت تنفصل عن ارادة واضعها ، وتكون لها حياتها الخاصة المستقلة المتصلة بالحياة الاجتماعية والمتفاعلة فيها . فالنصوص ان لا تفسر بارادة المشرع الحقيقية او المفترضة ، لانها قد انفصلت منذ وضعها عن هذه الارادة ، واصبح لها كيان مستقل وثيق الصلة بالظروف الاجتماعية المتطورة مع تقدم الزمان ، وانما تفسر وفقا لما تكون عليه هذه الظروف وقت التفسير .

(١) راجع فى ذلك بمحة خاصة :

Gény, t. I, No. 97. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, No. 285.
— Coste - Floret, op. cit., pp. 114, 120.

١٢٦ — تقدير المدرسة التاريخية أو الاجتماعية (١)

إذا كانت هذه المدرسة تعين بهذا المنطق في التفسير على ملاحقة تطور الجماعة الحثيث رغم بقاء النصوص على حالها دون تغيير ، إلا أنها تخرج في الواقع بالتفسير عن وظيفته وتجعله تعديلا أو الغاء لنصوص التشريع وخلقاً لقواعد قانونية جديدة • وفضلاً عن ذلك ، فهي تقضى على ما ينبغى للقانون من تحديد وثبات واستقرار ، وتفتح المجال واسعا أمام تحكم القضاء

المطلب الثالث

المدرسة العلمية (٢)

L'Ecole Scientifique

٢١٧ — البحث العلمي الحر

ظهرت هذه المدرسة لتحارب من ناحية عبودية النصوص والاعتقاد في انحصار القانون وتفسيره في التشريع كما جرى بذلك منطق مدرسة التزام النص ، ولتحارب من ناحية أخرى منطق المدرسة الاجتماعية في اخضاع التفسير للظروف المتطورة المتغيرة المحيطة بالجماعة •

وزعيم هذه المدرسة هو الفقيه الفرنسي « جيني » . وفضله كبير في التنبيه الى عدم اخذ القانون كشكل محسوب — يحمل طابع الدولة في صورة تشريع ، او طابع الجماعة في صورة عرف — وانما كجوهر قبل ذلك يتألف من خفايا أربع مختلفة : طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية (٣) . وعلى اساس هذا الفهم للقانون ، قامت طريقتاه في تفسيره . فالقانون عنده لا يلتمس تفسيره في

(١) نظر في ذلك :

Gény, op. cit., t. I, No. 97, pp. 262-264. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, ibid.

(٢) راجع في ذلك :

Gény, op. cit., t. II, Nos. 153-176 bis.

(٣) راجع في ذلك منجبتاً ، مقررات ٧٢-٧٦ .

التشريع وحده كما تفعل مدرسة التزام النص ، وإنما يلتمس كذلك فى بقية المصادر الرسمية الأخرى ، إذ التشريع ليس هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون .

وفى تفسير التشريع ، يجب الوقوف على إرادة المشرع وقصده من النصوص وقت وضعها ، باعتبار أن التشريع عمل إرادى قامت على صياغته إرادة بصرية واعية لتحقيق غاية معينة . غير أن الإرادة التى ينبغى الوقوف عليها لتفسير التشريع هى الإرادة الحقيقية للمشرع وحدها ، دون ما تسميه مدرسة التزام النص بالإرادة المفترضة له (١) . فإن لم توجد نصوص من التشريع تواجه ما يعرض فى العمل من فروض ، فيلجأ فى تلمس حلولها الى المصادر الرسمية الأخرى للقانون وأهمها العرف . فإن عجزت كل المصادر الرسمية للقانون عن اعطاء الحلول اللازمة ، فلا يبقى الا ما يسميه « جينى » « البحث العلمى الحر » (*La libre recherche scientifique*) . ويقصد به رجوع المفسر الى جوهر القانون بحقائقه المختلفة ، التى يحصرها فيما يسميه بالحقائق الطبيعية أو الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية والحقائق المثالية ، يستلهم منها الحلول التى أخفت المصادر الرسمية للقانون فى إعطائها .

٢١٨ تقدير المدرسة العلمية

الواقع أن هذه المدرسة تقوم على أساس منطقى سليم . فحيث توجد نصوص تشريعية ، لا تحملها أكثر مما تحتل بل تقتصر فى تفهمها على استخلاص قصد المشرع الحقيقى منها دون اصطلاح قصد مفترض له . وحيث تتخلف المصادر الرسمية للقانون عن مواجهة ما يستجد من فروض ، لا يبقى الا الرجوع الى ما تستمد منه المصادر الرسمية نفسها مضمون ما تقرره من قواعد أى الى المصادر الحقيقية أو الموضوعية للقانون . وبعبارة أخرى ،

(١) وإذا كان يلجأ مع ذلك الى التماس ، فإن الاتجاه إليه لا يملى الحلول المستخلصة منه — كما كانت تذهب مدرسة التزام النص — وصف الحلول التشريعية أو حجية النصوص باستنادها افتراضا الى إرادة المشرع ، وإنما يكون الاتجاه إليه بوصفه إحدى وسائل البحث العلمى الحر . انظر :

حيث يتخلف الشكل يرجع دائما الى الجوهر . والرجوع الى جوهر القانون لسد نقص المصادر الرسمية له ، يضع القاضى موضع المشرع حين يهم بالتشريع . غير أن رجوع المشرع لاستلهام هذا الجوهر ، يكون بقصد وضع قواعد قانونية عامة مجردة ، أما رجوع القاضى اليه فلا يكون الا بقصد العثور على حل لنزاع معين ، ولذلك فالقاضى حين يكمل نقص المصادر الرسمية بالرجوع الى جوهر القانون لا يخلق قواعد قانونية جديدة .

ولكن يراعى ، فى شأن الجوهر الذى توجب هذه المدرسة الرجوع اليه عند قصور المصادر الرسمية ، ما سبقت الاشارة اليه من انتقادات لتقسيم « جينى » هذا الجوهر الى حقائقه الاربعة المعروفة (١) . ولذلك فاذا كنا نؤيد نهج المدرسة العلمية فى التفسير ونفضله على نهج المدارس الاخرى . فالتناخذ بالرجوع الى الجوهر بالمعنى الذى سبق أن فصلناه (٢) أى على أنه الرجوع الى الواقع من حياة الجماعة والى فكرة العمل التى يكشف عنها العقل .

المطلب الرابع

التفسير فى القانون الموضى المصرى

٢١٩ — نص المشرع المصرى على الرجوع الى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة عند قصور المصادر الرسمية ، ودلالاته

لا يعتنق المشرع المصرى فقه مدرسة التزام النص من حصر القانون فى مصدر وحيد هو التشريع ، بل هو يحيل القاضى أولا الى التشريع كما يفصح منه لفظه أو نحوه (م ١/١ مدنى) . وفى ذلك يجب الوقوف — كما تذهب المدرسة العلمية — على الارادة الحقيقية للمشرع دون اصطناع ارادة مفترضة له وهو ما يضعف كثيرا من قوة ما يستخلص عن طرق الاستنتاج المنطقى ، اذ لا تكون له قوة النصوص التشريعية افتراضا لارادة المشرع . فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد

(١) راجع سابقا ، فقرة ٧٧ .

(٢) راجع سابقا ، فقرات ٧٧ — ٨٨ .

فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، (م ١ - ٢ مدنى) .

وعندنا أن الإحالة الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لاتخلق من هذه المبادئ وتلك القواعد مصدرا رسميا بالمعنى الاصطلاحي الدقيق كما يذهب الى ذلك بعض الفقهاء (١) ، اذ لا تعدو هذه الإحالة أن تكون رجوعا بالقاضى الى جوهر القانون أى الى مصادرة المادية أو الموضوعية يستلهم منها الحل . وبذلك يأخذ المشرع المصرى بفقه المدرسة العلمية فى ضرورة رجوع القاضى الى جوهر القانون اذا لم توجد قاعدة فى مصادرة الرسمية ، ولكن دون تقييد حرفى بحقائق « جينى : الرابع » وقد رأى المشرع المصرى أن يعبر عن هذا الجوهر باصطلاح « مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » . وقد لا يكون هذا الاصطلاح كافيا للافصاح عن معنى جوهر القانون كما بسطناه من قبل ، ولكنه يوجه اليه على أى حال . ولذلك فتعبير التقنين المدنى السويسرى أكثر توفيقا فى هذا الصدد (٢) ، اذ ينص على أن القاضى - حين لا يجد نصا فى التشريع أو عرفا متبعما - يحكم وفق ما كان يضمه هو من قواعد لو كان يقوم بعمل المشرع (٣) . والمشرع - كما سبق البيان - أنما يستلهم فى وضع قواعد التشريع حقائق الحياة الواقعية فى الجماعة التى تكشف عنها التجربة ، والمثل الأعلى للمعدل الذى يكشف عنه العقل .

والمقصود بمبادئ القانون الطبيعي - وفق ما ينتهى اليه جمهور الفقهاء اليوم - الموجهات المثالية العامة للمعدل التى لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساسا للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان (٤) . ويمتبر بعض

(١) عيد الفتح عيد البانى ، مقررات ٨٩ و ٩٣٠ . - محمد على إمام ، لقرة ٨٢ .

(٢) قارن مع ذلك الفكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٨ .

(٣) ولكن يكون ذلك - كما هو واضح - مع عائق أساسى ، هو اتصال القلنى على مجرد استغلاص حل خاص للتضية المروضة عليه ، دون مجاوزة ذلك الى وضع قواعد عامة مجردة كما يفعل المشرع (فى هذا المعنى : Gény, t. II, No. 204) .

(٤) انظر سابقا ، لقرة ٦١ (٢) ، وقرة ٦٢ .

الفقهاء « قواعد العدالة » مرادفة لهذه المبادئ (١) . غير أننا نرى انه يقصد بالاشارة اليها — فضلا عن احالة القاضى الى مبادئ العدل المجرى الذى تتضمنه فكرة القانون الطبيعى — توجيهه كذلك الى الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة المطروحة أمامه . فانه اذا كان القانون يهدف فى المبدأ الى تحقيق العدل تغليا لاعتبارات الاستقرار والامن والنظام فى المجتمع ، الا انه حيث يقتصر القاضى على ان يستخلص من مبادئ القانون الطبيعى خلاصا بقضية معينة ، أى حيث لا يتعلق الامر باستخلاص قواعد عامة مجردة ، فلا حرج من تمكينه من مراعاة جانب العدالة بالاعتداد بالظروف الخاصة الى جوار تحقيق العدل (٢) . ولكن يراعى أن التجاء القاضى الى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة (٣) مقيد بعدم وجود قواعد فى مصادر القانون الرسمية (٤) .

١. عبد الفتاح عبد الهادى ، مقالة ١٢٠ — محمد على امام ، مقالة ١٢٩ . — محمد على

مرفعة ، ص ١٦٧ و ١٦٨ .

(٢) قرب من ذلك : سليمان مرقس ، مقالة ١٦٨ .

وانظر فيما يعطيه « جينى » للعدالة من معنيين مختلفين ، وفي مدى اعتباره العدالة عنصرا من

مناصر البعث العلمى الحر :

Gény, t. II, No. 163.

(٣) انظر فى التجاء القضاء المصرى الى ذلك فى ظل التقنين المحلى القديم :

نصر الكلية ، ١٠ مارس ١٩٢٢ — الجدول المشرى الثانى - لجنة الحيازة (التسمى المحلى) رقم

٣٠٩٠ ص ٤٤٧ . — مصر الكلية ١٥ يناير ١٩٢٥ ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٩١ ص ٤٤٨ .

— استئناف مصر ٩ ابريل ١٩٢٩ ، للحيازة من ١٢ - رقم ٢٤٩ ص ٦٣ .

كنايتا مسائله الفكرية ص ٥٣ - ٥٣١ .

(٤) نقض : ١٤ يناير ١٩٢٢ ، بجنوة غير (المدينتية) ج ١ ، رقم ٢٣٤ ص ٤٢ ،

١٥ مايو ١٩٢٧ ، المرجع السابق ، ج ٥ ، رقم ٢٠٠ ص ٢٢٥ .

القسم الثاني

النظرية العامة للحق

مقدمة

٢٢٠ - تقسيم

فرغنا في القسم الاول من عرض النظرية العامة للقاعدة القانونية ،
فيبقى — طبقا لخطة البحث التي رسمناها — بحث النظرية العامة للحق في
هذه القسم الثانى .

وعرض هذه النظرية ، يقتضى أولا تحديد صاحب الحق ، ثم محله ، ثم
المصادر التى تولده وهى ذات مصادر زواله وانقضائه ، ثم نشاطه واستعماله
الاستعمال المشروع الذى يكفل القانون حمايته . ولكن ينبغى التمهيد لذلك
كله بكلمة عامة فى الحق .

ولذلك نقسم هذا القسم على النحو التالى :

باب تمهيدى — فى الحق بوجه عام .

الباب الاول — فى صاحب الحق

الباب الثانى — فى محل الحق

الباب الثالث — فى مصادر الحق

الباب الرابع — فى استعمال الحق

باب تمهيدى

فى الحق بوجه عام

٢٢١ — الحق والقانون

اشرنا الى ان القانون انما يقيم نظام المجتمع ويحكم سلوك الافراد فيه عن طريق فرض تكاليف وواجبات على الافراد من ناحية وتقرير حقوق لهم من ناحية ثانية ، اذ هو يوازن بين المصالح المتعارضة التى تحوط علاقات الافراد ، فيغلب بعضها على بعض ويميز بين اطراف هذه العلاقات تبعا لذلك فيقرر للبعض منهم حقوقا مقابل وضع واجبات على البعض الاخر . والقانون بذلك يختلف عن الاخلاق التى تقتصر على مجرد بيان الواجبات دون تقرير الحقوق كما سبق البيان .

ولئن كانت الصلة وثيقة هكذا بين القانون والحق : فالفقهاء يتجادلون فيما اذا كان القانون هو المؤسس على الحق أم الحق هو المؤسس على القانون . ويرتكز هذا الخلاف على اختلاف وجهات النظر بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى . والواقع انه يجب التسليم باستناد الحقوق الى القانون الوضعى بحيث تستمد منه وجودها الشرعى وكفالة احترامها ، اذ لايتصور فى مجتمع منظم وجود حق لا يقره القانون أو يحميه . ولكن ليس يعنى ذلك أن القانون الوضعى يتحكم فى فرض الحقوق ومنحها ، فقواعده ترتكز — كما سبق البيان — على اساس من حقائق الحياة الاجتماعية وموجهات العدل المثالية ، وكلها تقر للافراد حقوقا معينة لا يملك القانون الوضعى انكارها .

٢٢٢ — تقسيم

ينبغي — ونحن بصدد الكلام فى الحق بوجه عام — أن نمهد لذلك بإثبات وجود فكرة الحق فى ذاتها وبحض ما ذهب اليه بعض الفقهاء من انكارها . ثم نعرض بعد ذلك للتعريف بالحق ، وهو ما يقتضى عرض مختلف الآراء والمذاهب فى هذا الصدد وتمحيصها . وننتهى ببيان أنواع الحق المختلفة وما يترتب من آثار على هذا التنوع ، وهو ما يقتضى خاصة بحث فكرة « الزمة المالية » التى تضم بين عناصرها طائفة من الحقوق هى الحقوق المالية .

ولذلك نقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول أربعة

الفصل الاول — فى وجود فكرة الحق

الفصل الثانى — فى تعريف الحق .

الفصل الثالث — فى أنواع الحق

الفصل الرابع — فى الزمة المالية .

الفصل الأول

وجود فكرة الحق

٢٢٢ — تمهيد

تعرضت فكرة الحق لهجوم شديد من جانب بعض الفقهاء الذين أنكروا جدواها وأنكروا بالتالي وجودها القانوني . غير أن كل الهجمات قد فشلت فيما استهدفته من محو الاعتقاد في وجود فكرة قانونية مستقلة للحق ، فبقيت هذه الفكرة الى اليوم — كما وعاءها الفقه التقليدي — إحدى الدعائم الأساسية الراسية في الحياة القانونية .

فينعرض أولا لأنكار فكرة الحق وما يرتكز عليه هذا الإنكار من حجج ، ثم يناقش هذه الحجج ليرى وجه الصواب فيها من وجوب رفضها وضرورة الإبقاء على فكرة الحق .

٢٢٤ — انكار وجود فكرة الحق

هوجمت فكرة الحق في وجودها القانوني منذ أواخر القرن الماضي مهاجمة عنيفة من جانب بعض الفقهاء . ولعل أقدر هجوم وأعنفه كان هو هجوم الفقيه الفرنسي العظيم « ديجي » . Duguit فنكتفى بعرض مذهبه (١) في هذا الصدد .

وقد سبق ايضاح مناهج هذا الفقيه في البحث (٢) ، أي المنهج العلمي بالمعنى الدقيق الذي لا يسلم الا بما تسجله الملاحظة وتؤيده التجربة . وقد

(١) راجع في ذلك بمئة خلمة :

Duguit, op. cit., t. I, Nos. 29, pp. 200-315; Leçons de droit public général, 1926, pp. 38-72.

(٢) انظر سلفا ، فقرة ٦٨ .

تأدى به هذا المنهاج الى محاولة تطهير القانون من كل ما يملأه من أفكار غير وافية لا تستند الى المشاهدة والتجربة ، وفى مقدمتها فكرة الحق التى يراها دخيلة على عالم القانون لانها فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة .

وبدا « ديجى » انكاره وجود فكرة الحق بانكار وجود ما يسمى بالحقوق الطبيعية التى تولد مع كل فرد وتثبت له باعتباره انسانا . وهو فى سبيل ذلك يهاجم المذهب الفردى الذى روج لوجود هذه الحقوق ، واتخذها اساسا للقانون حينها اعتبر انها ثابتة للأفراد منذ عهد الفطرة الاولى (l'état de nature) قبل قيام المجتمع لانها ملازمة للطبيعة الانسانية . فالقول بوجود حقوق ثابتة للفرد بمقتضى صفته الانسانية ، يعتبره « ديجى » مجرد ادعاء يستحيل اثباته بدليل مادى محسوس . فضلا عن أن عهد الفطرة الاولى الذى يتصور فيه وجود الفرد وحيدا فى عزلة تامة عن بقية الافراد ، لا يعدو أن يكون محض خرافة ينقضها الواقع المشاهد المسجل من أن الفرد كائن اجتماعى لا يستطيع الوجود الا فى مجتمع من الافراد ولم يوجد أبدا الا فى مثل هذا المجتمع . ولئن افترض جدلا وجود مثل هذا الفرد المنعزل ، فلا يمكن تصور حقوق له ، لان لكل حق طرفين ، طرفا ايجابا هو صاحب الحق ، وطرفا سلبيا هو المتحمل بهذا الحق أى المكلف بما يقابله من واجب ، وهو ما يقتضى وجود مجتمع من الناس . وباستحالة وجود حقوق طبيعية ثابتة للأفراد قبل قيام المجتمع ، ينهار — عند « ديجى » — ما يقيمه المذهب الفردى من تأسيس القانون على هذه الحقوق (١) .

واذا كان « ديجى » ينكر وجود حقوق طبيعية سابقة على قيام المجتمع ، فهو ينكر كذلك وجود حقوق ينشئها القانون للأفراد فى المجتمع . وانكاره هذا وثيق الصلة بتصوره للحق . فالحق عنده هو قدرة أو سلطة ارادية لصاحبه على فرد من الافراد هو المتحمل بعبء الواجب المقابل لهذا الحق . أى أن

(١) راجع فى تفصيل ذلك :

Duguit, op. cit., t. I, No. 19, pp. 208-213.

الحق. يفترض اخضاع ارادة انسانية هي ارادة فرد من الافراد لارادة انسانية أخرى هي ارادة صاحب الحق . وذلك يستتبع القول بوجود نوع من التدرج في المرتبة بين الارادات الانسانية تتمكن بمقتضاها الارادات العليا من التسلط على الارادات الدنيا واخضاعها لامرها (١) .

وهذا التدرج بين الارادات الذى تفرضه فكرة الحق ، لا يوجد في واقع الحياة الاجتماعية ما يثبته . بل ان هذا الواقع ينقصه ، اذ لا يشاهد في المجتمع الا وجود ارادات فردية متساوية في جوهرها ، مما يتمتع معه على القانون الوضعى اقامة تدرج بينها والسمو ببعضها مقابل الانتقاص من البعض الآخر ، فذلك لا يأتى الا من جانب قوة سماوية مهيمنة على البشر (٢) .

ومن هنا ، انتهى «ديجى» الى اعتبار فكرة الحق ، وفقا لهذا التصوير القائم على تسلط ارادة فردية على ارادة أخرى ، فكرة فلسفية من أفكار ما وراء الطبيعة ، قد اصطنعت اصطناعا مخالفا للواقع ، مما يوجب اطيراحها وتدهير الفقه للقانونى منها .

واذا كان «ديجى» ينكر فكرة الحق على اساس التصوير السابق باعتبارها فكرة غير علمية ، فهو يرفضها كذلك لانعدام جدواها . ذلك ان ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالحق ، ليس عنده الا القاعدة القانونية نفسها في تطبيقها على الافراد ، حينما يستفيد بعض الافراد من اداء البعض الآخر لما تفرضه عليهم هذه القاعدة من واجبات والتزامات . بل الجميع في الواقع — سواء من يقوم بالواجب ومن يفيد منه — انما يخضعون في ذلك للقاعدة القانونية . اى أن الافراد — سواء كانوا في وضع ايجابى او سلبى لخطاب القاعدة القانونية — يوجدون في مركز سواء بالنسبة اليها هو مركز الخضوع لحكمها (٣) . فلا يبقى معنى اذن للقول بأنها تفرض

Duguit, op. cit., t. I, No. 20, p. 217; No. 28, pp. 295, 296 (١)

Duguit, op. cit., t. I, No. 20, pp. 218, 219 (٢)

Duguit, t. No. 20, pp. 217 - 220 (٣)

واجبا على البعض وتقرر حقا للبعض الآخر ، خاصة وانها لا تملك ان تعس في قليل او كثير ارادة المكلف بالواجب او المستفيد من ادائه ، فلا هي تنتقص من ارادة الأول ولا هي تزيد في ارادة الثاني .

وبذلك يخلص ديجي ، الى انه ليس ثم حقوق وواجبات تكون للأفراد او عليهم ، وانما يوجد الأفراد في مراكز قانونية معينة ايجابية او سلبية .

٢٢٥ — الإبقاء على فكرة الحق

لعل اكبر انتقاد يوجه الى انكار « ديجي » لفكرة الحق (١) هو نفس الانتقاد الذى يوجه الى اساس مذهبه كله ، وهو انتقاد منهاجه في البحث الذى يريده علميا واقعيا خالصا ، فهذا المنهج — كما سبق البيان (٢) — لا يصلح في شأن العلوم التكوينية وفي عهدهمها القانون . ولذلك فانكار « ديجي » فكرة الحق بدعوى انها فكرة غير علمية من افكار ما وراء الطبيعة انكار غير مقبول حتى مع التسليم جدلا بصحة هذا الادعاء ، لان القانون لا يقتصر على تسجيل حقائق الواقع عن طريق المشاهدة والتجربة بل يجاوز ذلك الى ما وراء الواقع والطبيعة حيث يمكن تقويم الواقع .

وقد ظن « ديجي » انه يجد من فكرة الحق هدفا قريبا سهل الاصابة بانكاره حقوق الانسان الطبيعية . غير أن هذا الانكار لا يطمئن في الحقيقة في وجود فكرة الحق نفسها ، وانما يعنى فحسب رفض التسليم بما تدعيه بعض المذاهب — كالذهب الفردي من قيام القانون على اساس الحق ، او من

(١) راجع ، بصفة خاصة ، في تمثيل الدفاع عن وجود فكرة الحق وانتقاد انكار « ديجي » لها :

René Capitant, *L'illécite*, pp. 218 - 221. — Dahin, pp. 13 - 14. — Géau, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, pp. 175 - 187. — Ionescu, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, thèse, Paris, 1931, Nos. 12, 13. — Hassan Kira, *La théorie de l'abus de droit en droit français en droit égyptien*, thèse, Paris, (dactylographiée), 1952, pp. 48 - 51.

(٢) راجع سابقا ، فقرة ٦٩ .

وانظر في تمثيل انتقاد هذا المنهج :
Notre thèse précitée, pp. 18 - 37.

وجسود حقوق لا تستند الى القانون لانها تسابقة عليه بتولدها من الطبيعة الانسانية (١) .

واما انكار « ديجى » فكرة الحق فى ذاتها فيقوم على تصويره الحق تصويرا خاطئاً يجر وراءه فساد النتائج التى رتبها عليه . فلا يفكر أحد كما يدعى « ديجى » — حتى من يعرفون الحق بأنه قدرة ارادية — فى اعتبار ارادة صاحب الحق ارادة ممتازة على غيرها من الارادات ، بحيث يخولها هذا الامتياز سلطة ألغاء أو اخضاع ارادات الآخرين ، اذ كل الارادات الفردية متساوية فى جوهرها . وانما حقيقة الامر انه ليست ارادة صاحب الحق هى التى تلزم الغير بنفسها ، بل الذى يلزم دائماً هو واقعة سابقة على هذه الارادة وخارجية عنها . فاذا كان للمقرض مثلاً حق مطالبة المقرض برد القرض فى الاجل المضروب ، فليس ذلك لأن ارادته تمتاز على ارادة المقرض ، وانما لأن ثم وقائع بينهما سابقة على هذه المطالبة تكون مبرراً لها ، هى تسليم المقرض مبلغ القرض من المقرض وتعهده برده اليه . واذا كان لمن صدمته سيارة فاصابته ان يطالب من صدمه بتعويض عما لحقه من اضرار من جراء الصدمة ، فليس ذلك لأن ارادة المضرور تعلو على ارادة محدث الضرر ، وانما لأن خطأ محدث الضرر هو الذى يلزمه تجاه المضرور بمثل هذا التعويض (٢) .

فديجى اذن لا ينكر فى الواقع فكرة الحق نفسها وانما ينكر تصويرا معيناً لهذه الفكرة كسلطة ارادية لصاحب الحق على غيره من الارادات ، وهو تصوير لا يقول به أحد على النحو الذى يبسطه « ديجى » غير « ديجى » نفسه . وبذلك يكون الخلاف بينه وبين غيره من الفقهاء المدافعين عن فكرة الحق خلافاً ظاهرياً محضاً لا يمس جوهر الفكرة ذاتها (٣) .

(١) Notre thèse précitée, pp. 38, 39

(٢) Notre thèse précitée, p. 40

René Capitant, thèse précitée, p. 221. — Notre thèse précitée, pp. (٣)

وآية ذلك أن « ديجى » حين ينكر فكرة الحق وينكر التقابل بين « القانون » و « الحق » ، يقيم تقابلا آخر بين « القانون » وبين ما يسميه « المركز القانونى » . فلو كان الحق كما يدعى ليس الا القانون نفسه ، فما جدوى الكلام عن المركز القانونى ؟ اليس فى كلامه عن المركز القانونى ، سواء كان ايجابيا أو سلبيا ، ما يحتم التفرقة بين القانون نفسه فى تجريده وبين ما ينشأ للأفراد من أوضاع ومراكز مختلفة قبل بعضهم البعض نتيجة تطبيق القانون عليهم ؟ - فانه اذا كان الافراد يوجدون كمايقول فى نفس المركز تجاه القانون ، من حيث أنهم يستتون فى الخضوع لاحكامه اما بأداء ما يفرضه عليهم من التزامات وأما بالاستفادة مما يفرضه على غيرهم منها ، فهم فى واقع الامر لا يستتون فى المركز تجاه بعضهم البعض ، اذ يوجد كل منهم فى مركز خاص به يجعله ملتزما قبل الآخرين بالالتزامات معينة أو يجعل الآخرين هم الملتزمين قبله ، أى أن مراكز الافراد مختلفة متفاوتة ، فهم أما فى مركز المستفيد وأما فى مركز الملتزم المحمل بالاعباء .

فاقتصر « ديجى » على البصر بتساوى مراكز الافراد تجاه القانون ، انها كان على حساب اغفال اختلاف المراكز وتفاوتها بينهم تجاه بعضهم البعض ، ومثله فى ذلك مثل من يسأل عن شخص معين فيجيب بأنه انسان كبقية الناس ، ويغفل تعيينه بما يميزه عن بقية الناس ويحقق شخصيته ومركزه بينهم من حيث الاسم والسن والجنس والمهنة والموطن والجنسية وما الى ذلك (١) .

واذا اتضحت حقيقة اختلاف الافراد فى المراكز قبل بعضهم البعض ، ووجود بعضهم فى مركز ايجابى وبعضهم فى مركز سلبى ، فلن ذلك يعنى العودة الى فكرة الحق وما يقابلها من فكرة الواجب أو الالتزام ، أو الرجوع الى التقابل التقليدى بين الطرف الايجابى للحق والطرف السلبى له . وبذلك ينحصر الخلاف بين « ديجى » وبين المدافعين عن الحق فى نطاق شكلى بحت ، هو المفاضلة بين اصلاح « المركز القانونى الايجابى » وبين اصلاح « الحق »

للدلالة على الفكرة التي جرى التقليد الفقهي على التعبير منها بالاصطلاح الثاني ، والتي بقيت في حقيقة الامر بمنأى عن الخلاف على جوهرها ووجودها كما سبق البيان . ولسنا نرى ما يدعو الى تفضيل اصطلاح « المركز القانوني الايجابي » الذي ابتكره « ديجي » ، فاصطلاح الحق « التقليدي » — فضلا عن ايجازه المبين عن حقيقة الفكرة التي يعبر عنها — قد جرى به الاستعمال منذ قديم ، حتى رسخ واستقر في الفقه القانوني . وشيوع الاستعمال وقدمه ، يبقى دائما هو صاحب الكلمة العليا في تغليب مصطلح على مصطلح (١) .

من كل ما تقدم ، نخلص بأن فكرة الحق تستعصى على الرفض والانكار ، وإن انكار « ديجي » لها لم يفلح في هدمها أو زعزعة الاعتقاد في وجودها . فظل الفقه في غالبية الكبرى مؤمنا بها وبمكانها في عالم القانون ، بل أن أخلص أتباع ديجي أنفسهم قد رجعوا عن تأييدهم لزعيم مدرستهم في هذا الشأن فعادوا الى التسليم بوجود فكرة الحق (٢) .

وبذلك نستطيع ان نقول ان وجود فكرة الحق قد أصبح اليوم من الحقائق المسلمة في فقه القانون . بل أن هذا الوجود يعبر عن حقيقة من الحقائق القانونية الجوهرية لا عن أداة فنية أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية (٣) .

وإذا بقيت ثم كلمة تقال في مجال التعقيب على انكار « ديجي » لفكرة الحق ، فهي كلمة انصاف لهذا الفقيه العظيم . فموقفه في هذا الصدد انما يبرز عليه

(١) في هذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I, IV, p. 184.

(٢) انظر خاصة :

Réglade, Valeur Sociale et concepts juridiques, norme et technique, 1950, pp. 82 - 92.

(٣) راجع في تمثيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 54 - 62

عداؤه الشديد للمذهب الفردي ، وخشيته من أن تصبح الحقوق معاقل للفردية
الإنانية لأصعابها على حساب الصالح العام للمجتمع . ولكن كان يكفي لدفع
هذه الخشية إخضاع استعمال الحقوق للرقابة ، دون حاجة إلى هدم فكرة
الحق ذاتها (١) . وهذا ما حققته بالفعل نظرية « التعسف في استعمال الحق »
كما سنفصل ذلك من بعد

(١) انظر في ذلك كتابنا مآلف الذم ، ص ٥٥١ .

الفصل الثاني

تعريف الحق

٢٢٦ - تمهيد

لعل من أكثر مسائل القانون التي كثر فيها القول واحتدم الجدل مسألة تعريف الحق . وليس في قصدنا أن نتتبع تفصيل كل ما قيل من تعريفات في هذا الشأن ، وإنما نقنع بأن نرد مختلف التعريفات الى اتجاهات ثلاثة كبيرة ، اتجاه شخصي ، واتجاه موضوعي ، واتجاه يجمع بين الشخصي والموضوعي ، ونرى مبلغ عظم كل منها في اعطاء صورة صادقة لما يقصد في لغة القانون من اصطلاح « الحق » .

٢٢٧ - الاتجاه الشخصي (١)

يعرف هذا الاتجاه « بالحق » من خلال النظر الى صاحبه . فيرى أن لصاحب الحق ارادة مهيمنة ناشطة في نطاق معلوم ، ولذلك يعرف الحق بأنه هو تلك القدرة أو السلطة الارادية التي يخلوها القانون لشخص من الاشخاص في نطاق معلوم . ويتصل هذا الاتجاه بهذا التعريف اتصالاً وثيقاً بالمذهب الفردي وما يتفرع عليه من مبدأ سلطان الارادة ، تلك الارادة التي تملك خلق الحقوق أو انشاءها كما تملك تغييرها وانهاؤها .

ورغم أن هذا الاتجاه قد تزعمه فقهاء كبار كسافيني (Savigny) و« وينشيد » (Windscheid) ، فلم يلبث أن تعرض لانتقادات وهجمات كثيرة — وخاصة من « اهرنج » — ازاء ما ظهر من قصوره عن تعريف الحق .

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Dabin, op. cit., pp. 56 et s. — Duguit, op. cit., t. I, No. 25. — Ionescu, thèse précipitée. Nos. 40 et s. — Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., 1922, pp. 524 et s.

فالقول بأن الحق قدرة ارادية ، يتنافى مع ما هو مستقر فى الشرائع من أن لعدمى الارادة حقوقا كما لحائزها سواء بسواء ، فالمجننون والصغير غير المميز ، يتمتع كل منهما بحقوق رغم أنه غاقد الإرادة ، وكذلك فقد يكتسب الحقوق شخص دون علمه كالمغائب مثلا (١) .

وفضلا عن ذلك ، فهذا الاتجاه فى تعريف الحق يتنافى مع وجود أشخاص معنوية أو اعتبارية تثبت لها حقوق كالاشخاص الطبيعية ، اذ لو قيل بأن للاشخاص الطبيعية ارادة تكون مناطا لما يثبت لهم من حقوق ، فمن العسير التسليم بأن للاشخاص المعنوية أو الاعتبارية ارادة حقيقية أو بأن لهم حقوقا بالتالى .

كل ذلك يفصح عن أن الحق لا يفترض وجود ارادة مهيمنة أو ناشطة ، فهو يوجد دون وجود هذه الارادة . وليس يطمح فى ذلك أن الارادة قد تكون مطلوبة فى شأن استعمال الحق أو مباشرته ، فوجودها حينئذ لا يكون شرطا لقيام الحق ولكنه يكون شرطا لمجرد مباشرته . وعلى أى حال ، فهى ليست لازمة دائما لهذه المباشرة ، فعادة لا يحتاج الاستعمال المادى للحق الى ارادة ، فعدم الاهلية مثلا ، يستعمل حق ملكيته — ولا ارادة لديه — حين يسكن منزله أو يركب سيارته (٢) .

فالحق اذن لا يفترض لوجوده وجود قدرة ارادية لدى صاحبه . بل أن مباشرة الحق نفسها لا تفترض دائما وجود مثل هذه القدرة (٣) ، وأن افترضتها فى بعض الاحيان ، فلا يبرر ذلك القول بأن الحق قدرة ارادية ، لان مباشرة الحق لا تختلط بوجوده . وبذلك لا نرى فى الاتجاه الشخصى فى تعريف الحق ما يقنع بالانحياز اليه أو اتباعه .

(١) وقد حاول « وينشيد » رد هذا الافتراض الحاسم بالقول ان الإرادة المتصودة هى ارادة القانون أو المشرع لا ارادة صاحب الحق ، ولكن من الواضح أن هذا التبرير المصطنع فيه من التناقض ما يكفى لهدم نظريته فى اعتبار الحق قدرة ارادية ، انظر فى انتقاد هذا التبرير : Dabin, op. cit., pp. 60, 61. — Duguit, op. cit., t. I, No. 75, pp. 277, 278

(٢) فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit., p. 63.

٢٢٨ - الاتجاه الموضوعي

كان الفقيه الألماني « اهرنج » (Thering) من أشد الفقهاء مهاجمة للاتجاه الشخصى فى تعريف الحق . ولذلك فقد نحنا فى تعريفه نحوا آخر موضوعيا ، فنظر الى الحق من خلال موضوعه والغرض منه وعرفه بأنه « مصلحة يحميها القانون » (١) . وقد صادف هذا التعبير الموجز بدءا بقبول فى الوسط القانونى أكثر مما صادفه التعريف القائم على أساس الاتجاه الشخصى ، وان يكن لم تكتب له الغلبة فى النهاية فى الفقه الحديث نظرا لما وجه اليه من انتقادات كثيرة أظهرت عجزه وقصوره بمفرده عن تعريف الحق تعريفا جامعاً مانعاً لاخْتِلاط غيره به .

فاهرنج ينكر تأسيس الحق على الإرادة ، لان الحق كما يثبت لذوى الإرادة يثبت لغيرهم على السواء ، ولان العبرة ليست بإرادة تنشيط أو تسود — فإرادة الولى أو الوصى لا إرادة القاصر هى التى تنشيط ، ومع ذلك يكون الحق للقاصر وحده دون الولى أو الوصى — وانما تكون العبرة بالغرض الذى قد تنشيط الإرادة من أجله ، والإرادة لا تنشيط لتحقيق منفعة أو مصلحة أو كسب . فالمنفعة أو المصلحة إذن — لا الإرادة — هى جوهر الحق . ومن هنا ، لم يكن الحق هو الذى فى خدمة الإرادة ، بل الإرادة هى التى فى خدمة الحق أى فى خدمة مصلحة من المصالح ، ولم يكن صاحب الحق هو من يدعى الإرادة ، بل من يدعى المنفعة أو المصلحة (٢) . والمنفعة أو المصلحة جوهر الحق ، لا يشترط أن تكون منفعة أو مصلحة مادية ، فقد تكون منفعة أو مصلحة معنوية ، بل أن من المصالح المعنوية مايفوق المصالح المادية فى أهميتها كالحرية والشرف مثلا .

Thering, L'esprit du droit romain, trad. De Meulenaere, t. IV, (١)
No. 71, p. 236.

وانظر فى الاخذ بهذا التعريف :
عبد الرزاق السنهورى وحضرت أبو سنيت ، مقرة ٢١٢ .

Thering, op. cit., pp. 322, 323. (٢)

ولئن كان « أهرنج » يعتبر المصلحة هي جوهر الحق ، فهو يضيف إليها عنصرا آخر هو عنصر الحماية القانونية التي تسبغ على هذه المصلحة ، فكل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التي يهدف الحق الى تحقيقها وإدراكها . وبذلك يتوافر عنده عنصران : عنصر جوهري موضوعي يكمن فيه الهدف العملي للحق هو عنصر المصلحة ، وعنصر شكلي يوفر لهذا الهدف وسيلته هو عنصر الدعوى (١) .

ذلك هو الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق . وأول ما يؤخذ عليه أنه يعتبر المصلحة هي معيار وجود الحق ، بينما هي ليست كذلك دائما . فلئن كان الحق يكون مصلحة من المصالح فليس العكس صحيح ، إذ لا تكون دائما كل مصلحة حقا من الحقوق ، فمن المصالح ما لا يرتفع الى مرتبة الحقوق . فمثلا لو تعاقد مستأجر يقطن الطابق العلوى من بناء مع المؤجر على قيام الأخير بإفارة السلم وفرشه حتى الطابق العلوى ، فبديهى أن سكان الطوابق السفلى يستفيدون من هذه الإفارة وذلك الفرش فتكون لهم بذلك مصلحة ظاهرة فيهما ، ومع ذلك فواضح أن هذه المصلحة لا تعطيهما أى حق قبل المؤجر هي إفارة السلم وفرشه ، فلا يتمتع بهذا الحق قبل المؤجر إلا مستأجر الطابق العلوى وحده بناء على الاتفاق المبرم بينهما (٢) .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بفرض رسوم جمركية على الواردات الأجنبية حماية للصناعات الوطنية . فغني عن البيان أن أصحاح هذه الصناعات تكون لهم مصلحة كبيرة في فرض هذه الرسوم لأنها تجدد من مناقبة البضائع الأجنبية لبضائعهم ، ورغم ذلك فليست تعطيهما هذه المصلحة حقا في فرض تلك الرسوم ، كل ما في الأمر أنهم يستفيدون منها إذا فرضت (٣) .

Ihering, op. cit., p. 326 (١)

Karkounouv, Cours de théorie générale du droit, trad. Tchernoff, 2e. éd., 1914, p. 232. (٢)

Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e. éd., 1932, t. I, No. 48, p. 106. (٣)

كل ذلك قاطع الدلالة على أن المصلحة لا تصلح معيارا للحق . فضلا عن أن المصلحة هي الغاية والهدف من الحق ، والمقصود هو التعريف بالحق نفسه لا التعريف بغايته أو هدفه . فالمصلحة إذن ان كانت تصلح بياناً لهدف الحق ، فهي لا تصلح بياناً أو تعريفاً بالحق في ذاته وجوهره بصرف النظر عن هدفه أو غايته (١) . فكان الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق ، انما يدور في واقع الامر حول مشكلة هذا التعريف دون أن يحلها .

ويبقى بعد ذلك أن يراعى أن العنصر الثاني الذي يضيفه « اهرنج » الى عنصر المصلحة وهو عنصر الحماية القانونية أو عنصر الدعوى ، ليس في الواقع عنصراً ثانوياً كما يرى ، بل هو يكاد يبتلع العنصر الآخر الذي يعتبره العنصر الجوهرى في الحق وهو المصلحة . ذلك أن المصلحة لا تكون حقاً عنده الا اذا حماها القانون وزود صاحبها بدعوى . فكان وجود الدعوى أو عدم وجودها هو اللبصل في وجود الحق ، وكان الوسيلة إذن تقدم على الغاية وتتحكم فيها ، وذلك ما لا يمكن التسليم به . فليست الدعوى بمميز لوجود الحق ، وانما هي مجرد وسيلة لحمايته . فهي بحسب طبيعتها تالية لنشوء الحق ، فكيف يمكن اعتبارها إذن معيار وجوده ؟ . الواقع أن الحق لا يعتبر حقاً لأن القانون يحميه بدعوى ، ولكن الصحيح أن القانون يحميه بدعوى لأنه حق (٢) .

والخلاصة أن الاتجاه الموضوعي عاجز عن التعريف بالحق تعريفاً يبين مقوماته الجوهرية وخصائصه الذاتية . فهو يسلك في هذا التعريف مسلكاً معيباً حين يعرف الحق بأشياء خارجية عن كيانه الذاتى ، كالمصلحة وهي الغرض منه ، والدعوى وهي وسيلة حمايته .

(١) في هذا المعنى :

Saljeilles, op. cit., pp. 541, 545. — Duguit, op. cit., t. I, No. 26, pp. 284, 286. — Dabin, op. cit., pp. 69, 70.

Dabin, op. cit., p. 69 (٢)

٢٢٩ — الاتجاه المختلط

هذان هما الاتجاهان الكبيران فى التعريف بالحق . وقد عرضنا بايجاز لعجز كل منهما وقصوره عن بيان جوهر الحق ومقوماته . من أجل ذلك لم يبايع الفقه الحديث أيا من الاتجاهين ، بل شايع جانب كبير منه اتجاها ثالثا مخضرا ولده من التزاوج بين هذين الاتجاهين ، وهو ما نسميه بالاتجاه المختلط ، بحيث أصبح ينظر الى الحق من خلال صاحبه ومن خلال موضوعه أو الغرض منه على حد سواء ، فيعرفه بأنه ارادة ومصلحة فى آن واحد .

غير ان انصار هذا الاتجاه المختلط فى تعريف الحق ، ان كانوا سواء فى الجمع بين الارادة والمصلحة ، فنيسوا سواء فى أى العنصرين تكون له الاهمية وتعمد له الغلبة . فبعضهم يقلب دور الارادة على دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه هو القدرة الارادية المعطاه لشخص من الاشخاص فى سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون (١) . والبعض الآخر يقلب دور المصلحة على دور الارادة ، فيعرف الحق بأنه المصلحة التى يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة ارادية معينة (٢) .

ومهما يكن من أمر ، فهذا الاتجاه المختلط اتجاه غير مقبول كالاتجاهين اللذين تولد منهما . فقد سبق أن قلنا ان الحق لا يفترض وجود قدرة ارادية لدى صاحبه ، وأنه ليس هو المنفعة أو المصلحة التى تعود على صاحب الحق من وراء حقه ، فيكون من المنطقي اذن رفض الاتجاه المختلط الذى يقيم تعريف الحق على أساس وجود مصلحة وقدرة ارادية معا لدى صاحب الحق (٣) .

Ionescu, thèse précitée, No. 49, p. 94. — Jellinek, cité par (١)
Dabin, op. cit., p. 74.

Michoud, op. cit., t. I, No. 48, p. 107. (٢)

في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., p. 80.

اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ ، ص ١١ .

٢٣٠ - تحليل الحق وتعريفه

انتهينا الى أن الاتجاهات الثلاثة المتقدمة ليست مقنعة في شأن تعيين جوهر الحق وذاتيته تعيينا محكما يمتنع منه كل اختلاط بين الحق وبين غيره من الاوضاع المتماثلة أو المتشابهة . لذلك نرى أن نسلك في تعريف الحق مسلكا تحليليا نتدرج فيه بين عناصره الخاصة به والمميزة له . ولعل أول ما يثيره اصطلاح « الحق » في الذهن هو فكرة وجود صلة أو رابطة قانونية ، وفكرة اختصاص شخص من الاشخاص على سبيل الاستثثار بمركز قانوني ممتاز . فننتبع هاتين الفكرتين فيما يلي :

(١) **الرابطة القانونية** : يذهب جمهور الفقهاء الى أن « الرابطة القانونية » (*Le rapport du droit*) ، أي الرابطة التي يحكمها القانون ، لا يتصور وجودها الا بين الأشخاص وحدهم (١) . فليس ثم رابطة قانونية يتصور قيامها بين الأشخاص من ناحية وبين الأشياء من ناحية أخرى . ذلك أن كل رابطة قانونية تفترض حقا من ناحية ، وواجبا أو القزاما من ناحية أخرى ، وليس من المعقول تكليف الأشياء بواجب معين أو التزام . ومن هنا ، فطبقا لهذا النظر تكون الرابطة القانونية هي تلك الرابطة أو العلاقة التي يحكمها القانون ، والقائمة بين شخصين أو بين طرفين من الأشخاص ، بحيث يكون لأحدهما مطالبة الآخر بإداء معين أي مطالبة إما بالقيام بعمل وإما بالامتناع عن عمل .

وتصوير الرابطة القانونية على هذا النحو المقصور على الأشخاص وحدهم

(١) انظر في ذلك بصمة خاصة :

Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 11e éd., par Ripert, No. 2158 et s.

(م ٢٧ - المدخل الى القانون)

نظر قاصر وغير صحيح (١) ، بل ويؤدى الى القول بتوافرها فى بعض أنواع الحق دون بعض ، وخاصة فى نوع معين منها هو « الحق الشخصى أى حق الدائنية » دون « الحق العينى » . وهذا ما أوقع بعض الفقهاء فى الحرج ودمعهم الى التماس التوفيق بين ضرورة وجود أشخاص تقوم بينهم الرابطة القانونية وبين ما هو قائم فى الحق العينى من وجود شخص من ناحية وشئ من ناحية أخرى ، فاحتالوا لذلك بالقول ان ثم رابطة قانونية قائمة بين الاشخاص فى الحق العينى كالحق الشخصى سواء بسواء ، اذ تقوم فيه رابطة بين الشخص صاحب الحق العينى وبين الناس كافة بمقتضاها يلتزمون بالامتناع عن الاعتداء على حقه . وسنرى من بعد ان هذا التحايل مردود ولا حاجة اليه ، وانما يكفى أن نستخلص من هذا التحايل الصناعى ضرورة العدول عن تصور الرابطة القانونية كرابطة لا تقوم الا بين الاشخاص وحدهم .

والواقع أن تصور الرابطة القانونية كرابطة بين أشخاص فحسب ، لا يصدق — فيما نرى — الا فى شأن نوع معين من الروابط القانونية هو « روابط الاقتضاء » (rapports d'exigence) ، أى الروابط التى تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، ذلك أن هذا النوع من الروابط يفترض وجود واجب أو التزام معين ، ولا يتصور أن يتحمل بالواجب أو الالتزام الا الاشخاص وحدهم .

ولكن ليست الروابط القانونية كلها روابط اقتضاء ، فثم « روابط تسلط » (rapports de maîtrise) ، تخول لشخص معين سلطة على شئ معين . وغنى عن البيان أن هذا النوع من الروابط لا يتصور منطقاً قيامه بين شخص وشخص آخر ، فالتسلط لا يتصور أن يقع على الاشخاص وانما هو يقع على الاشياء وحدها . فحق الملكية مثلاً يفترض وجود رابطة قانونية بمعناها

(١) فى هذا المعنى :

Beudant et Volrin, Cours de droit civil français, 2e. éd., t. IV, Les biens, 1938, No. 56. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166.

كرباطة تسلط لا كرباطة اقتضاء ، لانه يخول المالك سلطة على الشئ محل الملكية دون أن ينشئ بينه وبين أشخاص معينين رباطة اقتضاء تلزمهم بمحل معين قبله .

ومن هنا ، ينبغي رد الروابط القانونية الى نوعين : (١) روابط اقتضاء . وهي التي لا تكون الا بين شخص وشخص آخر ، لانها تقتصر الزاما بإداء معين والزام لا يتصور وقوعه الا على عاتق الأشخاص وحدهم . (٢) روابط تسلط ، وهي التي لا تتصور الا من شخص على شئ ، لان التسلط محله الاشياء لا الأشخاص (١) . فاذا قلنا ان الحق يفترض وجود رباطة قانونية ، قصدنا بذلك ان انه يفترض اما وجود رباطة اقتضاء واما وجود رباطة تسلط .

(٢) الاستثنائات بما تخوله الرباطة القانونية من اقتضاء أو تسلط : غير ان فكرة الرباطة القانونية بما تعطيه من اقتضاء أو تسلط ، لا تكفي وحدها للدلالة على ماهية الحق وذاتيته ، وانما ينبغي أن يكون التسلط أو الاقتضاء ثابتا لشخص أو أشخاص معينين على سبيل الافراد أو الاستثنائات أو الاختصاص .

فالحق انما يفترض دائما وجود مركز ممتاز لصاحبه بالنسبة الى الآخرين ، وهو ما لا يتأتى الا بأن يكون مضمون الحق — بما يخوله من تسلط أو اقتضاء — في يده يستأثر به وحده دون سائر الناس . ومعنى ذلك أن الحق يقوم على أساس من عدم التساوي بين مراكز الافراد (٢) ، فيختص صاحب الحق بمركز ممتاز يتفرد به دون غيره من الناس (٣) . فالمالك مثلا يستأثر وحده بالتسلط على ملكه ، فلا يكون لاحد غيره من الناس مثل هذا التسلط على نفس هذا الملك . والمقرض كذلك يتفرد وحده بوسائل الناس بقدرة التضاء

(١) راجع في شأن التمييز بين الروابط القانونية على هذا النحو :

Notre thèse précitée, notamment, pp. 103 - 105.

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 4. (٢)

(٣) في هذا المعنى :

René Capitant, Sur la nature des droits naturels, Mélanges Sugiyama, p. 21. — Ripert et Boulanger, t. I, No. 646. — Notre thèse précitée, p. 94.

مبلغ القرض من المقرض ، فلا يملك أحد غيره مثل هذه القدرة في شأن نفس القرض .

من كل ذلك ، نخلص بأن الحق يفترض وجود عنصرين أساسيين :

(١) رابطة قانونية ، سواء كانت رابطة تسلط أو رابطة اقتضاء .

(٢) استئثار شخص وانفراده دون سائر الناس بما تخوئه الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضاء .

والبصر بهذه العنصرين في الحق ، يتيح التمييز بينه وبين ما قد يختلط به من أوضاع متشابهة كالحريات أو الرخص العامة ، مثل حرية الاعتقاد وحرية الاجتماع وحرية الرواح والجميـء وحرية التعاقد . فكل هذه الحريات أو الرخص العامة تعطى للأفراد سلطات معينة يسبغ القانون عليها حمايته من أي اعتداء يقع عليها . ومن هنا ، شاع الخلط بينها وبين الحقوق بالمعنى الاصطلاحي الدقيق حتى أطلق عليها كثير من الفقهاء اسم « الحقوق » . ولكن الفارق بينهما كبير (١) ، بما يوجب التنبيه الى اسمه .

فالحقوق إذ تفترض وجود روابط قانونية ، إنما تفترض وجود الأفراد في مراكز متفاوتة قبل بعضهم البعض ، فتشع بذلك صاحب الحق في مركز ممتاز على غيره من الناس بما تخول له من تسلط أو اقتضاء ، وهو ما يستلزم أن يكون له هذا التسلط أو ذلك الاقتضاء على سبيل الاستئثار والانفراد دون سائر الناس .

بينما الحريات أو الرخص العامة على العكس من ذلك ، لا تفترض وجود روابط قانونية بعد بحيث تتفاوت بعثاتها المراكز بين الأشخاص ، بل هي تفترض

(١) انظر في التفرة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة :

H. Capitant, Sur l'abus des droits, Revue trimestrielle de droit civil, 1928, p. 372.

وانظر في أخذ المشروع التهديد للتعين المني المصري الحالي بهذه الفرة : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢٠١ .

ولكن انظر عكس ذلك :

جبل الشراوى ، دروس في النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ ، ص ٢٩ .

وجود الاشخاص فى نفس المركز من حيث التمتع بما تخوله من سلطات .
ولذلك فهى لا تعرف فكرة الاستثناء أو الانفرد ، بل يتمتع الكافة جميعا
بالحريات أو الرخص العامة على قدم المساواة ، دون استثناء واحد منهم أو
انفراده بالتمتع بها دون الآخرين . فحرية السير فى الطرق العامة مثلا ، لا
تفترض وجود رابطة قانونية ، أى لا تفترض تفاوتاً فى مراكز الافراد بعضهم
بالنسبة الى بعض ، بل تفترض وجود الافراد جميعا فى نفس المركز بالنسبة
اليها ، أى فى ذلك المركز العام المشترك من امكان التمتع بها من قبل الجميع
تمتعاً لا ينفرد أو يستأثر به أحد منهم دون الآخرين .

غير أن الحرية أو الرخصة العامة قد تولد أحيانا حقاً من الحقوق بالمعنى
الاصطلاحي الدقيق ، وذلك اذا وقع اعتداء عليها من أحد الافراد ، إذ بمجرد
هذا الاعتداء - وليس قبله - تنشأ رابطة قانونية هى رابطة اقتضاء تعطى
للمعتدى على حريته حقاً فى التعويض قبل المعتدى . فالحريات أو الرخص
العامة إذن ليست حقوقاً فى ذاتها ، ولكنها قد تولد حقوقاً حينما تنشأ رابطة
قانونية تخول شخصا من الاشخاص تسلطاً أو اقتضاء على سبيل الانفرد
والاستثناء .

فالفارق بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة إذن كالفارق بين
الطريق الخاص والطريق العام : الاول يكون خاصاً بشخص معين يختص به
اختصاصاً حاجزاً مانعاً لغيره من الناس ، والثانى لا يكون خاصاً بأحد بل
يشارك الجميع فى استعماله دون استثناء . وسنرى من بعد أن من النتائج
التي تترتب على هذه التفرقة أن فكرة التعسف انما ترد فى شأن استعمال
الحقوق وحدها دون استعمال الحريات أو الرخص العامة ، ففى احكام
المسؤولية التقصيرية ما يكفل رقابة هذا الاستعمال الاخير والتعويض عن
مخاطره أو أضراره دون حاجة الى فكرة التعسف فى شأنه .

وعلى ضوء ما سبق من تحليل للحق وتمييز بينه وبين ما قد يختلط به من
الحريات أو الرخص العامة ، نستطيع تعريف الحق انن بأنه هو تلك الرابطة
القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصا من الاشخاص على سبيل

الانفراد والاستثناء التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر (١) .

ويراعى أننا قد أغفلنا في صلب هذا التعريف عنصر الحماية القانونية أو الدعوى التي يزود بها الحق . ومرد ذلك الى أننا لا نساير بعض الفقهاء الذين يعتبرون الدعوى من عناصر الحق الجهرية ومقوماته الداخلية . فالدعوى في واقع الامر لا تعدو أن تكون اثرا من آثار وجود الحق واستناده الى القانون، فهي مجرد وسيلة يصطنعها القانون لحماية الحق مما يفترض أنها تالية في الوجود لوجود الحق ، فلا يتأتى منطقاً ادخالها اذن ضمن عناصر تكوينه الذاتية أو الجهرية .

فالدعوى اذن أثر من آثار وجود الحق وليست عنصراً من عناصره الجهرية (٢) . ومن هنا ، كان كل حق مزوداً بالضرورة بدعوى تؤكد به وتحميه ، خلافاً لما يراه بعض الفقهاء (٣) من امكان وجود الحق دون وجود الدعوى . فالمثل الذي يضربونه للتدليل على رأيهم من وجود نوع من الالتزام هو «الالتزام الطبيعي» لا يملك الدائن اجبار المدين على الوفاء به الا ان يقوم به المدين طواعية واختياراً فيعتبر وفاءه صحيحاً منتجا لاثارة القانونية ، مثل غير مجد في هذا الشأن . فهذا الالتزام ليس التزاماً قانونياً بالمعنى الصحيح ،

(١) راجع في ذلك :

Notre thèse précitée, note (1) p. 105

وقالرن :

Dabin, op. cit., p. 85 et s. — Bonnard, Le contrôle juridictionnel de l'administration, Etude de droit administratif comparé, 1934, Nos. 14, 15.

(٢) في هذا المعنى :

Ionescu, thèse précitée, No. 29, pp. 63-66. — Régiade, op. cit., pp. 83, 90. — Notre thèse précitée, p. 89.

شفيق شحاته ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، ١٩٤٩ ، ص ١٥ .
ونكن اذا كانت الدعوى اثراً من آثار الحق بمعنى أن وجود الحق يستتبع وجود الدعوى ،
الا أن المكس ليس بصحيح . فليس في وجود دعوى من الدعوى دليل حتى على وجود حق
من الحقوق (انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش ١١ ص ٥٦٩) .

(٣) Capitant, op. cit., No. 91. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 188. — Nerson, Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon, 1939, No. 155, p. 312.

وبالتالى لا يوجد فى مقابلته أى حق للدائن . ومن هنا لم يكن تخلف وجود الدعوى فى يد الدائن لاقتضاء الوفاء بهذا الالتزام دليلا يؤخذ على امكان وجود الحق دون أن يستتبع وجوده قيام دعوى تحميه . فاذا انقضى دين بالتقادم مثلا ، فلا يبقى للدائن بعد ذلك حق فى اقتضاء وفاء المدين ، وبالتالى لا تكون بيده دعوى يؤيد بها هذا الاقتضاء ، وتخلف دعواه هنا ليس دليلا على امكان قيام حقه دون دعوى ، وانما هو دليل على تخلف حقه وانقضائه (١) .

(١) فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 98, 99.

شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ١٤ . — شمس الدين الوكيل ، هروس فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٢ / ١٩٥٢ ، ص ١٦ و ١٧ . — جبيل الشرطوى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦ و ٢٠٧ .

الفصل الثالث

انواع الحق

٢٣١ - تعدد أنواع الحق ، وتقسيماته المختلفة (١)

يجرى الفقهاء عند الكلام فى أنواع الحق على تقسيم الحقوق تقسيمات عدة تتعدد بتعدد زوايا النظر اليها . وليست كل هذه التقسيمات بذات أهمية متساوية . ولذلك اذا كنا سنشير الى أهم هذه التقسيمات المتعددة ، فلكى نستصفى منها من بعد ما يجب لأهميته الوقوف عنده والخوض فيه بشئ من البيان والتفصيل .

(١) فثم تقسيم للحقوق الى « حقوق سياسية » (droits politiques) و « حقوق مدنية » (droits civils) (٢) . ويقصد بالحقوق السياسية تلك الحقوق التى تثبت للأفراد باعتبارهم أعضاء فى جماعة سياسية معينة فتخولهم حق المشاركة فى حكم هذه الجماعة ، كحق الترشيح للمجالس النيابية وحق الانتخاب وحق تولى الوظائف العامة . ويقصد بالحقوق المدنية ما يلزم ثبوته للأفراد فى نشاطهم العادى فى الجماعة من حقوق غير ذات صفة سياسية ، وبذلك يضم هذا النوع طائفة كبيرة من الحقوق تختلف فيما بينها ولكن يجمعها انتفاء الصفة السياسية .

وليس لمثل هذا التقسيم أهمية كبيرة . اذ تنحصر أهميته فى أن الحقوق السياسية - كاصل عام - حقوق قاصرة على الوطنيين وحدهم دون الاجانب بالنظر الى ما تخوله من حق المساهمة والمشاركة فى حكم الدولة ، بينما تثبت الحقوق المدنية فى الاصل لكل فرد أو شخص دون اعتبار لجنسيته بوصفها لازمة له فى نشاطه فى الحياة الاجتماعية (٣) .

(١) راجع فى ذلك كتابنا مالف الذكر ، ص ٥٧١ - ٥٧٧ .

(٢) انظر فى ذلك .

Capitant, op. cit., No. 75.

(٣) ولكن يمكن أن ترد استثناءات على هذا الاصل أو ذاك .

(٢) (وقریب من هذا التقسيم تقسيم الحقوق الى « حقوق عامة » (Droits publics) و « حقوق خاصة » (droits privés) . ويقصد بالحقوق العامة تلك الحقوق التي يحكمها القانون العام نظرا لتعلقها بحق السيادة في الجماعة . أما الحقوق الخاصة ، فهي التي يحكمها القانون الخاص نظرا لعدم تعلقها بحق السيادة في الجماعة وقيامها بين الاشخاص بوصفهم اشخاصا عاديين . غير أن هذا التقسيم ليس الا ترديدا لتقسيم القانون الى عام وخاص على التفصيل السابق بيانه ، فهو لا يضيف جديدا (١) يجعلنا نتوقف عنده .

(٣) وكذلك يجري بعض الفقهاء على تقسيم الحقوق الى « حقوق حالية » (droits actuels) من ناحية ، والى « حقوق مؤجلة او مستقبلية » (droits futurs) و « حقوق شرطية » (droits conditionnels) و « حقوق احتمالية » (droits éventuels) من ناحية أخرى . ولكن ليس هذا التقسيم بالذى يجب التوقف عنده . فهو يقوم على أساس وجود الحق وهل هو يتيقن حال ام غير ذلك ، ولهذا تنحصر أهيته في فترة الشك من امر هذا الوجود : فاذا انحسم هذا الشك باثبات الوجود ، لم يعد ثم ما يفرق هذه الحقوق عن بقية الحقوق ، اما اذا انحسم بنفى هذا الوجود ، فلا نكون حينئذ بصدد حق من الحقوق (٢) .

(٤) وثم تقسيم آخر للحقوق يقول به بعض الفقهاء ، هو تقسيمها الى « حقوق مقيدة او مراقبة » (droits contrôlés) و « حقوق مطلقة او تقديرية » (droits discrétionnaires) (٣) ، حيث يخضع استعمال الاولى لتعقيب القضاء ورقابته ، بينما يترك استعمال الثانية لحض تقدير أصحابها دون رقابة عليهم في ذلك . وسنرى أن هذا التقسيم وهمي ، وأن الحقوق جميعا من هذا

(١) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 143

(٢) انظر في تعدد هذا التقسيم كذلك :

Dabin, Le droit subjectif, 1952, pp. 165, 166.

(٣) انظر في ذلك بمسألة خاصة :

Rouast, Les droits discrétionnaires et les droit contrôlés, Revue trimestrielle de droit civil, 1944, pp. 1-19.

الوجه مقيدة الاستعمال تخضع في ذلك لرقابة القضاء وتعقيبه على ما سنبينه من بعد في « نظرية التعسف في استعمال الحق » .

(٥) وهناك طائفة من الحقوق تحظى باهتمام الفقهاء هي « حقوق الأسرة » (droits de famille) التي تقسم بين أعضاء الأسرة بعضهم قبل البعض ، وتثبت لكل منهم باعتبار مركزه في الأسرة . ومن أمثلة هذه الحقوق سلطة الأب أو حقه في تأديب أولاده وتعليمهم ، وسلطة الزوج على زوجته وحقه عليها في طاعته .

ويراعى أن حقوق الأسرة تتميز في مجموعها عن بقية الحقوق بأنها لا تخول لأصحابها سلطات فحسب بل تضع على عاتقهم واجبات كذلك في نفس الوقت (١) فالأب مثلا إذ تكون له سلطة تأديب أولاده ، فعليه كذلك واجب هذا التأديب . والزوج إذ يكون له حق الطاعة على زوجته ، فعليه كذلك واجب أيوائها والاتفاق عليها . ومرد هذه الخصيصة في حقوق الأسرة وسلطاتها إلى أن هذه الحقوق والسلطات لا تمنح لأصحابها لتحقيق مصلحتهم الخاصة وإنما تمنح لهم أساسا لتحقيق مصلحة الأسرة كلها ومصلحة الخاضعين من هذه الأسرة لهذه الحقوق وتلك السلطات .

والأصل أن حقوق الأسرة غير مالية فلا يملك أصحابها التعامل عليها بالتصرف فيها أو النزول عنها ، ولا يملك الدائنون توقيع الحجز عليها ولا تنتقل بالموت إلى ورثة أصحابها . غير أن ثم حقوقا مالية تنشأ لافراد نتيجة مراكزهم في الأسرة وعلاقات القرابة التي تربطهم بغيرهم ، كحق الإرث وحق النفقة ، ولكن مثل هذه الحقوق تعتبر حقوقا مالية خالصة فنخرج عن نطاق حقوق الأسرة (٢) .

(٦) غير أن التقسيم التقليدي الذي جرى عليه أغلب الفقهاء وأتبعته أكثر التقنيات ، هو تقسيم الحقوق إلى « حقوق مالية » (droits pécuniaires)

Capitant, op. cit., No. 90. (١)

Capitant, Ibid. (٢)

ou patrimoniaux) و « حقوق غير مالية » (droits extra-patrimoniaux) وهذا التقسيم له فائدة غير منكورة في تاصيل التفرقة بين طائفتين كبيرتين من الحقوق ، تبعاً لتوافر أو تخلف القيمة المالية فيها وما يستتبعه ذلك من آثار مختلفة ، أهمها دخول الحقوق المالية وحدها في الذمة المالية مكونة جانبها الايجابي ، وقابلتها بالتالي — على خلاف الحقوق غير المالية — للتصرف والحجز والتقديم والارث .

ولكن فائدة هذا التقسيم ، لا تحجب عدم قطعة ودقته (١) . فمن الحقوق غير المالية ما يستتبع آثاراً مالية ، كحق البنوة يستتبع الارث ، وحق الطلاق يستتبع حق النفقة . وكذلك فالاعتداء على الحقوق غير المالية لا يلبث أن يولد حقوقاً مالية بالتعويض . هذا فضلاً عن أن بعض الحقوق يستعصى ردها الى طائفة الحقوق المالية وحدها ، نظراً لما لها من طبيعة مزدوجة مالية ومعنوية على السواء ، كالحق الذهني أو حق المؤلف الذي يعطى صاحبه حقاً معنوياً في الابوة على خلقه الفكري وكذلك حقاً مالياً في احتكار استغلاله .

(٧) ولذلك يتجه بعض الفقهاء المحدثين (٢) نحو تقسيم آخر يقيمونه على اساس المحل ، نظراً لما للمحل من اثر كبير في تحديد مضمون الحق وتنويع سلطاته ، فيقسمون الحقوق على هذا الاساس الى « حقوق الشخصية » Les droits réels و « الحقوق العينية » des droits de la personnalité و « الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية » (les droits personnels) و « الحقوق الذهنية » (Les droits intellectuels ou de créance) وربط هذا التقسيم بالتقسيم السابق عليه يظهر أن حقوق الشخصية من طائفة الحقوق غير المالية ، وأن الحقوق العينية وحقوق الدائنية من طائفة الحقوق المالية ، بينما ترد الحقوق الذهنية الى الطائفتين معاً في نفس الوقت . فنعرض لكل من هذه النماذج في مبحث على حدة .

(١) انظر في ذلك :
Marty et Raynaud, t. I, No. 144. — Mameaud, t. I, No. 158. —
Dabin, pp. 167 et s. — Marty et Raynaud, No. 145.

(٢)

المبحث الاول

حقوق الشخصية (١)

Droits de la personnalité

٢٣٢ - التصوير السائد لحقوق الشخصية

يذهب جمهور الفقهاء المحدثين الى الاعتراف بكيان مستقل لطائفة معينة من الحقوق يطلقون عليها اسم « حقوق الشخصية » ، ويقتصدون بها الدلالة على تلك الحقوق التي تنصب على مقومات وعناصر الشخصية في مظاهرها المختلفة ، بحيث تعبر عما للشخص من سلطات مختلفة وارادة على هذه المقومات وتلك العناصر بقصد تنمية هذه الشخصية وحمايتها اساسا من اعتداء الافراد او الاشخاص الاخرين (٢) . واذا ا طرحنا جانباً حقوق الاسرة نظرا للخلاف حول دخولها او عدم دخولها ضمن حقوق الشخصية ، نجد الاتفاق قائماً بين جمهور الفقهاء على رد حقوق الشخصية بمعناها الدقيق الى فرعين أوليين يعكسان وجهى الشخصية وما ترتكز عليه من مقومات مادبة ومعنوية على السواء ، والى فرع ثالث يتعلق بنشاط الشخصية ذاتها وما يستتبعه من حماية .

(١) راجع في ذلك خلاصة :

Perreau, Des droits de la personnalité, Revue trimestrielle de droit civil, 1909, pp. 501-536. — Regamey, La protection de la personnalité en droit civil, thèse, Lausanne, 1929. — Nerson, thèse précitée.

عبد الحى حجازى ، نظرية الحق ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، ص ٢٤ - ٤٦ . — وكناينا سالف الذكر ، ص ٥٧٨ - ٥٩٧ .

(٢) انظر في التمييز من هذا الوجه بين حقوق الشخصية وحقوق الانسان : كتابنا سالف الفكر ، ص ٥٧٨ - ٥٨١ .

(١) الحقوق الواردة على المقومات المادية للشخصية

نجد في طليعة هذه الحقوق الحق في الحياة (droit à la vie) والحق في السلامة البدنية أو الجسمية (droit à l'intégrité physique) ، فلكل شخص حق يرد على جسمه يخول له حماية هذا الجسم بأعضائه المختلفة من أى اعتداء يقع عليه . ومقتضى هذا الحق امتناع كل شخص عن المساس أو الاعتداء على جسم غيره بضرب أو جرح . ولذلك فالاصل أن الجراح يمتنع عليه اجراء جراحة طبية للمريض الا بعد الحصول على موافقته (١) ، وان الشخص لا يمكن إجباره على الخضوع لتجارب أو تحاليل طبية أو علمية لا يأذن بها . غير أن هذا الاصل ليس بالمطلق ، ففى الاحوال التى يستحيل فيها الحصول على اذن المريض أو اقربائه القريبين ويكون اقدام على جراحته أمرا ضروريا وعاجلا ولا يحتفل التأخير ، يبدو أن للطبيب اقدام على الجراحة رغم تخلف اذن صاحب الشأن (٢) . وقد ترغم القوانين واللوائح الأشخاص — فى أحوال معينة — على الخضوع لفحوص طبية أو تحاليل معينة ، أو على تحمل تطعيم أو علاج وقائى معين ضد بعض الامراض أو الاوبئة . بل وقد يتولى القضاء نفسه — فى صدد خصومه مطروحة أمامه — اخضاع أحد الخصوم لفحص طبي أو تحليل علمى معين ، ولكن يكون لهذا الخصم أن يرفض الخضوع لذلك فيتحمل حينئذ عواقب هذا الرفض ، اذ قد يستلخص القاضى من رفضه — مع انعدام أو قلة مخاطر الفحص أو التحليل المطلوب — قرينة قضائية تعزز دعوى خصمه .

واذا كان حق الشخص على جسمه يحميه من اعتداء الغير عليه أو يجنبه تدخل الغير الماس بأعضائه دون رضاه ، فليس معنى ذلك أن للشخص — بمقتضى هذا الحق — سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيف يشاء . ولذلك تنحو بعض التقنيات الحديثة ويؤيدها الفقه فى ذلك (٣) ، نحو الحد من مثل

Mazeaud, t. I, No. 629. — Marty et Raynaud, Nos. 332, 481 (١)

Mazeaud, t. No. 629, p. 631 (٢)

(٣) عبد الحمى حجازى ، ص ٢٨ و ٢٩ . — اسماعيل غنم ، ص ٢٠ و ٢١ .

هذه السلطة المطلقة — كفالة لاحترام الانسان فيما له من كيان مادي — بتحريم تصرف الشخص في جسمه أو في جزء منه (١) تصرفا قانونيا حالا منجزاً الا اذا كان مثل هذا التصرف لا يضر خطراً على حياته أو على استمرار سلامة واكتمال كيانه المادي . ولذلك يعتبر صحيحا تصرف الشخص في بعض دمه بالهبة أو البيع (٢) .

والاصل ان حق الشخص على جسمه يظل قائماً وثابتاً له طوال حياته بحيث ينقضى بوفاته . ولكن مراعاة الكرامة الانسانية الواجبة للجسم في حال الحياة وفي حال الموت على السواء ، تجوز الخروج على هذا الاصل باعطاء الشخص الحق في تحديد مصير جثته بعد موته ، بشرط ألا يخالف هذا التحديد أحكام القوانين واللوائح أو القوانين المتعلقة بالنظام والاداب . ففى هذه الحدود ، يملك الشخص ان يوصى بجثته أو بجزء منها لمعهد أبحاث علمية أو طبية لأجراء تجارب عليها ، أو يوصى بعينه لبنك من بنوك العيون (٣) ، أو يوصى بنقل عضو من أعضائه بعد وفاته الى جسم من يحتاجه من المرضى (٤) .

(٢) الحقوق الواردة على المقومات المملوكة للشخصية

اذا كانت الشخصية تستوى على مقومات مادية هي الكيان أو الجسم المادي للفرد فهي تستوى كذلك على مقومات معنوية كالشرف والاعتبار والكرامة للشخصية لا تقوم بدونها . ولذلك ، فحماية للشخصية ، يرى جمهور الفقهاء وجوب الاعتراف للأفراد على هذه المقومات بحقوق معينة تؤمنهم عليها وتكون سندهم في دفع ما يقع عليها من اعتداء وفي التعويض عن أضراره .

(١) واضح أن ما يفصل عن جسم الإنسان من أجزاء أو أعضاء يصح التصرف فيه بعد انفصاله ، إذ بالاتصال يصبح العضو أو الجزء محل التصرف شيئاً داخلاً في دائرة التعامل . (في هذا المعنى : عبد الحى حجازى ، ص ٣٩ و ٤٠ — اسماعيل غنم ، ص ٢١) .
(٢) في هذا المعنى :

Mazeaud, t. I, No. 645, p. 338.

عبد الحى حجازى ، ص ٣٩ . — اسماعيل غنم ، ص ٢٠ .

(٣) انظر في ذلك :

Mazeaud, t. I, No. 631. — Marty et Raynaud, t. I, No. 332.

عبد الحى حجازى ، ص ٤٠ و ٤١ .

(٤) أجريت أخيراً جراحات لنقل وزراعة اللب والكلية ، ونجح بعضها .

١ — للفرد حق في الشرف (droit à l'honneur) (١) ، يكفل له الاحترام الواجب للشخصية ولاعتبارها وكرامتها وسمعتها بحيث يتمتع على الآخرين المساس بشخصيته من نواحى هذا الاعتبار المعنوى ، والا كان للمعتدى على شرفه الحق في المطالبة برفع الاعتداء وبالتعويض عما لحقه من اضرار بل أن معظم القوانين ترى في الاعتداء على الشرف الشخصى اعتداء على الجباعة نفسها ، ولذلك لا تكفى بالجزاءات المدنية وحدها بل تأخذ المعتدى كذلك — بشروط معينة — بجزاءات جنائية .

٢ — والفرد كذلك الحق في السرية (droit au secret) (٢) ، لتظل اسرار حياته الخاصة محجوبة عن العلانية مصونة عن التدخل والاستطلاع ، فيمتنع على الغير افشاء اسرار شخص دون اذنه أو موافقته ، وخاصة اذا كان اطلاعه على هذه الاسرار بحكم وظيفته أو مهنته كطبيب أو محام ، أو بحكم صلته كزوج ، الا في الاحوال التى يوجب أو يرخص القانون فيها بذلك . بل ويكفل القانون حماية السرية بالعقاب جنائيا على افشاء اصحاب المهن لما ائتمنوا عليه من اسرار . ويتفرع عن الحق في السرية بوجه عام حق الشخص في سرية مراسلاته واتصالاته التليفونية بوجه خاص .

٣ — والفرد كذلك حق في الاسم (droit au nom) ، يكفل له تمييز شخصيته ومنع اختلاطه بغيره من الافراد ، فيمتنع على غيره انتحال اسمه أو المنازعة فيه . وسوف نعرض لهذا الحق بالتفصيل من بعد .

٤ — واذا كان للفرد — على ما رأينا — حق على كيانه وجسمه المادى يكفل السلامة المادية لشخصيته ، فان السلامة المعنوية (L'intégrité morale) للشخصية تقتضى الاعتراف للفرد بحق على الهيئة أو الصورة (droit à l'image) التى تعكس كيانه المادى وتعتبر مظهر شخصيته . ولذلك

(١) راجع في تمثيل ذلك خلسة :

Nerson, thèse précitée, Nos. 95-109.

(٢) راجع في تمثيل ذلك :

Nerson, thèse précitée, No. 82-94.

فالأصل هو امتناع عرض أو نشر صورة شخص دون إذن منه . إلا في حالات استثنائية كأن يتم ذلك بمناسبة حوادث وقعت علنا أو كانت تتعلق برجال رسميين أو لهم صفة عامة (١) .

هـ — ومن حقوق الشخصية الواردة على المقومات المعنوية كذلك حق الشخص على ما يبتكره من أفكار وهو ما يعرف باسم الحق المعنوي الذهني أو « الحق المعنوي للمؤلف » (Le droit moral de l'auteur) . فأفكار الشخص هي من صنعه وخلقه ، ولذلك تعتبر آثاره الفكرية هي شخصيته نفسها من الناحية الذهنية أو الفكرية ، ويكون حقه في أبوه هذه الآثار حقا من حقوق الشخصية ، يظل لاصقا بشخصيته لا يفصل عنها حتى ولو تنازل عن احتكار استغلالها ماليا إلى غيره . وهذا الحق المعنوي يخول صاحبه ، كما سنرى ، سلطة تقرير نشر أثره الفكري أو عدم نشره ، وحق نسبته إليه وحمايته هذه النسبة من ادعاء الغير ، وسلطة تعديله وتغييره ، بل وسلطة سحبه من التداول والنشر .

(٣) الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية :

لابد للشخصية ، حتى تنشط وتؤدي دورها في الحياة ، من حرية القيام بأعمال معينة أو الامتناع عن القيام بها . ولذلك تجب حماية الشخصية فيها يتعلق بهذا النشاط عن طريق كفالة الحريات العديدة اللازمة لذلك ، مثل حرية التنقل والذهاب والمجيء ، وحرية التفكير وحرية اختيار العمل ، وحرية التجارة ، وحرية التعاقد ، وحرية الزواج وما إلى ذلك . فلفراد حق في هذه الحريات العديدة وأمثالها ، نظرا للزومها للشخصية من حيث تأمين وظيفتها ونشاطها . واعتداء الغير على هذا الحق بالتدخل في هذه الحريات ، يخول للمعتدى عليه المطالبة برفضه ووقفه والتعويض عن أضراره .

(١) انظر في ذلك : كتابنا سالف الذكر ، متن وهابش « ١ » و « ٢ » ص ٥٨٧ .

٢٢٢ — نقد التصوير السائد ، والحد من نطاق حقوق الشخصية

تلك هي حقوق الشخصية ونطاقاتها في التصوير السائد في الفقه الحديث لها . غير أن هذا التصوير محل نظر من أكثر من ناحية كما سنرى . وهو يؤدي كذلك الى توسيع نطاق هذه الطائفة من الحقوق توسعه مصطنعة ليس لها من مبرر الامجرد التجوز في التعبير والترخص في اغداق اصطلاح «الحق» دون تمييز أو تثبت من توافر مدلوله الدقيق . ويكشف عن أمر هذه التوسعة المصطنعة لنطاق هذه الطائفة من الحقوق أن هذه الحقوق ما تزال — حتى في نظر الداعين لها — مفتقرة الى كثير من التحديد والتماكب .

وقد أحسن المشرع المصري — على نحو ما يفعل بعض المشرعين الحديثين كالمشرع السويسري — بالاحجام عن مسابقة الفقه السائد في تعديد حقوق الشخصية على النحو السالف ذكره اكتفاء بالإشارة الى حماية هذه الحقوق بصفة عامة (١) بنصه على أن « كل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » (م . م ٥٠ مدني) .

والواقع أننا اذا أمعنا النظر في قائمة الحقوق التي يقدمها الفقهاء لطائفة حقوق الشخصية ، لم نجد منها ما يصدق عليه وصف الحق بالمعنى الدقيق الا العدد القليل .

فالحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية ليست أصلا حقوقا بالمعنى الدقيق ، اذ هي بذاتها الحريات أو الرخص العامة التي تثبت للناس كافة دون أن يختص بها بعض منهم على سبيل الاستثناء والافتراء ، والتي سبق أن ميزنا بينها وبين الحقوق (٢) . ولذلك يجب استبعادها من نطاق حقوق الشخصية .

(١) وهذه الحماية العامة يؤكد ما كذلك بصفة خاصة في صدد حق من حقوق الشخصية هو حق الاسم (م ٥١ مدني) كما ستورد الإشارة من بعد .

(٢) انظر سابقا ، ص ٤١٩ — ٤٢١ .
وانظر كذلك في هذا المعنى :

Capitant, Sur l'abus des droits, Rev. trim. de droit civil, 1928, pp. 371-374. — Notre thèse précitée, pp. 93-105.

(م ٢٨ — المدخل الى القانون)

وأما الحقوق الواردة على المقومات المادية والمعنوية للشخصية ، فأقلها هو الذى يصدق عليه وصف « الحق » بالمعنى الدقيق فيصح اعتباره بالتالى ضمن طائفة حقوق الشخصية ، أما أغلبها فيفتقد هذا الوصف بحيث يجب استبعاده من نطاق هذه الطائفة . ذلك أن الحق يفترض شخصا يكون صاحبه ومحلا يقع عليه، وبديهى وجوب انفصال المحل عن الشخص أو الصاحب، اذ لا يتصور أن يكون الشخص صاحبا للحق ومحلا له فى نفس الوقت . وأكثر الحقوق التى يقال بورودها على المقومات المادية والمعنوية للشخصية انها يرد على الشخص ذاته لا على محل خارجى عنه (١)، ولذلك لا يحل اعتبارها من قبيل الحقوق ولا ادخالها بالتالى ضمن «حقوق الشخصية». أما حيث يوجد من مقومات الشخصية ما له كيان خارجى قائم بذاته متميز عن كيان الشخص ، فلا حرج حينئذ من اعتبار المكنت والسلطات المخولة للفرد عليه من قبيل الحقوق . ولذلك ينبغى اعتبار الحق فى الاسم حقا بالمعنى الصحيح ، لانه يرد على شئ له كيان خارجى قائم بذاته رغم اتصاله الوثيق بالشخص . وكذلك الحق المعنوى للمؤلف حق بالمعنى الصحيح، لانه يرد على اثر فكرى قد أصبح له كيان مستقل منذ أن خرج عن شخص مبتكره بالتعبير وان كانت الصلة بينهما تظل قائمة ووثيقة . ومن هنا يكون صحيحا اعتبار هذين الحقين من حقوق الشخصية .

وإذا كنا ننكر صفة الحقوق على الكثرة الغالبة مما يسميه جمهور الفقهاء بحقوق الشخصية ، فليس معنى ذلك أننا نذر القيم والمصالح التى تمثلها دون حماية كما يظن البعض (٢) فليس ينكر أحد ضرورة حماية مصلحة الفرد فى سلامة جسمه أو شرفه أو سرية حياته ومراسلاته أو حرية نشاطه ، وإنما ليس بحتم أن تكون وسيلة الحماية هى اصطناع حق يفقد مقومات الحقوق . فالحماية مكفولة ميسورة بوسائل أخرى توافق الواقع ولا تناقضه مثل هذه

(١) فى هذا المعنى : Notre thèse précitée, p. 91.

وقارن مع ذلك فيما يقال من تبريرات لنفى هذا المعنى :
Edmond Picard, Le droit pur, Nos. 37, 41, 42. — Dabin, op. cit., p. 169.

وانظر فى مناقشة هذه التبريرات : كتابنا سالف الذكر ، هابش «١» ، ص ٥١ .
Mazeaud, op. cit., t. I, No. 653. (٢)

الناقضة الظاهرة، اذ في فكرة المسؤولية التقصيرية غناء عن غناء التحايل على اصطناع وتأصيل مثل هذه الحقوق المزعومة (١) .

والواقع أن الكثرة الغالبة من حقوق الشخصية التي ننكر عليها وصف الحق بالمعنى الدقيق لا وجود لها قبل وقوع اعتداء عليها . فطالما لم يقع اعتداء على الجسم أو الشرف أو السمعة أو السرية أو الحرية، لا يوجد بعد حق في سلامة الجسم أو في الشرف أو في السرية أو في الحرية . وانما ينشأ ، بعد الاعتداء على هذه القيم والمصالح ، حق للمعتدى عليه في حمايتها واصلاح اضرار الاعتداء عليها . وهذا الحق انما مصدره فعل الاعتداء غير المشروع ومسؤولية المعتدى عن خطئه الممثل في هذا الاعتداء (٢) . ذلك ان الرابطة القانونية — وهي قوام الحق كما رأينا — لا تنشأ قبل هذا الاعتداء (٣) ، لانه ليس للشخص تسلط على نفسه كما يتسلط على الاشياء أو حق بعد في اقتضاء أداء معين من شخص معين من الاشخاص (٤) . فكان هذه الحقوق المزعومة ان في سلامة الجسم أو الشرف أو السرية أو الحرية ليست الاحقوا في اصلاح أو تعويض الضرر الواقع على الشخص في مقوماته المادية أو المعنوية أو في حرياته .

٢٣٤ — خصائص حقوق الشخصية (٥)

اذا كانت القلة الضئيلة من طائفة حقوق الشخصية كما يعددها الفقه السائد هي وحدها التي يصدق اعتبارها وتسميتها باسم الحقوق ، فيكون لجمعها رغم

(١) انظر كتابنا سلف الذكر ، ص ٥٦٢ .

(٢) في هذا المعنى :

Nerson, thèse précitée, No. 174. — Roubier, préface à la thèse précitée de M. Nerson. — Notre thèse précitée, pp. 91, 92.

(٣) في هذا المعنى

Notre thèse précitée, pp. 115, 116.

(٤) وليس صحيحا القول بأن للشخص حقا في اقتضاء امتناع الكفة عن الاعتداء على سلامة جسده أو شرفه أو سره أو حريته ، اذ لا يقع على الكافة — كما سنرى — التزام بالمعنى الدقيق حتى يقابله حق واقتضاء صحيح .

(٥) راجع في تفصيل ذلك خاصة :

Nerson, thèse précitée, Nos. 180 - 208.

ذلك — بين أنواع الحق — فى طائفة مستقلة تعرف باسم « حقوق الشخصية » ما يبرره من تميزها بخصائص ذاتية لاتشاركها فيها بقية طوائف الحقوق

من الواضح أن حقوق الشخصية حقوق لاتنفك ملازمة ولصيقة بالشخص، وهو ما يستتبع اثباتها لصاحب معين لا تغيره (١) بحيث تنقضى بموته وانقضاء شخصيته فلا تنتقل من بعد موته بالميراث الى ورثته . وهذه الحقوق — نظرا لالتصاقها بالشخصية — تكتسب نفس صفاتها ، فتكون حقوقا غير مالية أى لا تقوم بمال . وبذلك تعتبر هذه الحقوق خارجة عن دائرة التماثل ، فتكون غير قابلة للتصرف او الحجز عليها ، وتكون غير قابلة للسقوط او الاكتساب بالتقادم . وعلى ذلك ، فالاسم ان كان القانون يثبت فى حياة الاب لاولاده ، فهو لا ينتقل الى الورثة بوفاته ، وهو كذلك لا يقبل التصرف فى التنازل ، ولا يسقط مهما طالّت مدة اهماله وعدم استعماله . والحق المعنوى للمؤلف يظل له وحده حتى ولو نزل عن احتكار استقلاله ، وكل تصرف منه فيه يستتبع بطلانه .

ولكن لاتجب المبالغة فى مدى هذه الخصائص ، فهى ليست على النحو من الاطلاق الذى قد يظن بها .

فحقوق الشخصية ، ان كانت حقوقا غير مالية ، الا انها قد تستتبع آثارا مالية ، اذ أن الاعتداء عليها يولد لاصحابها حقا ماليا فى التعويض ، كما سنرى . ولذلك يكون لكل من انتحل الغير اسمه دون حق او نازعه فى استعماله بلا مبرر أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . ويكون للمؤلف أن يطالب بوقف تدخل الغير أو اعتدائه على ما يخوله له حقه المعنوى من سلطات معينة على مصنفه أو أثره الفكرى . وبالتعويض عما يلحقه به هذا التدخل أو الاعتداء من ضرر .

ويبدو من ذلك أن الاعتراف بوصف الحق بالمعنى الدقيق لبعض حقوق الشخصية كما فى هذه الحالات ، يخول صاحبه — فضلا عن المطالبة بالتعويض

وفقا لقواعد المسؤولية حيث تتوافر شرائطها من الخطأ والضرر وعلاقة السببية — المطالبة كذلك بوقف الاعتداء على حقه دون توقف على اثبات ترتب ضرر على هذا الاعتداء . ولا يجب أن يفهم من ذلك أن صاحب الحق يملك مثل هذه المطالبة دون مصلحة له فيها ، فلكل صاحب حق — والحق اختصاص واستثناء — مصلحة ولو معنوية قائمة دائما وظاهرة في منع الغير من مشاركته في سلطات حقه أو التدخل فيها أو الاعتداء عليها ، وخاصة إذا كان الحق من حقوق الشخصية أو لصيقا بها . ولذلك فحيث يعتدى على حق من الحقوق — وخاصة إذا كان من حقوق الشخصية — فإن الاعتداء يتضمن في ذاته حتما معنى الضرر دون حاجة الى اثباته ، ويولد المصلحة لصاحب الحق في المطالبة برد الاعتداء وإيقافه (١) .

وكذلك إذا كان الاصل أن حقوق الشخصية غير قابلة للتعامل أو التصرف ، الا أنه خروجاً على ذلك يمكن تجويز وتصحيح بعض الاتفاقات في شأن هذه الحقوق مادامت مبنية على اعتبارات جدية ومحقة لا غرض نافعة دون مخالفة للقانون أو النظام العام والاداب . ومن قبيل ما يعتبر صحيحاً من هذه الاتفاقات: ترخيص الشخص في استعمال الغير لاسمه كاسم مستعار ادبي، أو اذن الشخص لكاتب أو روائي في اطلاق اسمه على بعض أشخاص رواياته أو مسرحياته، أو اذن الشخص في استعمال اسمه كاسم تجارى، أو ترخيص فنان مشهور في اعطاء بعض المنتجات الصناعية اسمه على سبيل الدعاية والاعلان (٢) . وكذلك يعتبر صحيحاً في فرنسا — حيث تتسهم الزوجة بلقب زوجها — ترخيص الزوج بعد الطلاق لزوجته السابقة في الاستمرار في التسمية بلقبه واستعماله (٣) .

وإذا كانت حقوق الشخصية غير قابلة في الاصل كذلك للاكتساب أو السقوط

(١) قسرب من ذلك :

Nerson, thèse précitée, No. 14; No. 174, pp. 369, 370.

Nerson, thèse précitée, No. 185, pp. 401, 402. — Ferreau, article (٢) précité, p. 518.

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 956, p. 1180 (٣)

بالتقادم ، فقد يكون لمضى المدة - استثناء - شأن في تأكيد اكتساب بعض هذه الحقوق وحمايتها . ومن قبيل ذلك أن القضاء الفرنسى يدخل فى اعتباره استطالة استعمال اسم أدبى مستعار مدة طويلة لتأكيد وحماية صاحبه فى استعماله ، بحيث لا يحل لشخص يطابق اسمه الحقيقى هذا الاسم المستعار المطالبة بتحريم استعماله على صاحبه بعد امتداد استعماله له هذه المدة الطويلة (١) .

وإذا كانت حقوق الشخصية لا تنتقل بالوفاة الى الورثة ، فاستثناء من ذلك يخلف ورثة المؤلف مورثهم فى بعض سلطات حقه المعنوى ، كفالة لنكرهه وحماية لاثاره (٢) .

Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 558, 564, et pp. 551, 552 (١)

Nerson, thèse précitée, No. 200. — Mazeaud, op. cit., t. I, (٢)
No. 669.

المبحث الثاني

الحقوق المينية والحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية (١)

٢٢٥ - تمهيد

إذا كانت « حقوق الشخصية » التي فرغنا من عرضها حقوقا غير مالية ، فإلى جوارها توجد حقوق مالية خالصة تضم « الحق العيني » و « الحق الشخصي أو حق الدائنية » . وقد آثرنا دراسة الحقين معا في مبحث واحد ، نظرا لأن أمر التفرقة بينهما كان محلا كبيرا لجدل الفقهاء . فنعرض لكل من هذين الحقين على التوالي ، ثم نعرض لمناقشة أساس التفرقة بينهما ووجوبها بما يتفرع عليها من آثار .

المطلب الأول

الحق العيني

Le droit réel

٢٣٦ - تعريف الحق العيني ، وأنواعه

التعريف السائد في الفقه منذ قديم للحق العيني هو أنه يخول صاحبه سلطات قانونية مباشرة على شيء مادي (٢) ، بحيث توجد صلة مباشرة بين

(١) راجع في ذلك خاصة :

Rigaud, Le droit réel, thèse, Toulouse, 1912. — Derruppé, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, thèse, Toulouse, 1952. — Ionescu, thèse précitée, Nos. 97, 98, 111, 131. — Notre thèse précitée, pp. 95-105.

(٢) ولذلك سنرى أن الحق الذهني ليس حقا عينيا ، لأنه حق يرد على شيء غير مادي (انظر لاحقا ، المبحث الثالث من هذا الفصل) .

الشيء وصاحب الحق ، فلا يحتاج فى سبيل اعمال حقه والتمتع بسلطانه على الشيء الى تدخل من جانب شخص آخر . فقوام الحق العينى اذن وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق وبين محله ، وهذه الصلة المباشرة أمر طبيعى ما دام المحل شيئاً لا ارادة له بحيث يخضع لارادات الافراد وتسلطهم دون اختيار . ولذلك سبق أن اشرنا الى أن الحق العينى يفترض وجود « رابطة تسلط » لا « رابطة اقتضاء » ، لأن صاحب الحق لا يتصور أن يطالب الشيء بعمل أو يقتضى منه أداء ، وإنما يخضعه مباشرة لسلطانه وتصرفه .

وإذا كانت الحقوق العينية تشترك كلها فى تخويل أصحابها سلطات مباشرة على شيء مادى ، فإنها تنقسم مع ذلك الى نوعين كبيرين : « الحقوق العينية الاصلية » (Les droits réels principaux) ، و « الحقوق العينية التبعية » (Les droits réels accessoires) . ولا يعنى وصف الاولى بالاصلية والثانية بالتبعية ، أن الثانية تتبع الاولى وترتكز عليها . وإنما تعتبر الثانية تبعية ، لأنها تتبع حقا من الحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية وتستند فى وجودها اليه ، بقصد ضمان الوفاء به وتأمين اقتضاء صاحبه له . ولذلك فإذا وصفت الاولى بأنها أصلية ، فما ذلك الا لتفرقتها عن هذه الثانية التبعية ، وللدلالة على أنها تقوم بنفسها استقلالاً دون استناد الى أى حق آخر وعلى أنها مقصودة لذاتها لا لضمان الوفاء بمثل هذا الحق .

٢٢٧ - الحقوق العينية الاصلية

قلنا ان الحقوق العينية الاصلية هى تلك الحقوق العينية المستقلة التى لا تتبع حقا آخر أو تستند فى وجودها اليه ، وإنما توجد لأنها مقصودة لذاتها بما تعطيه لأصحابها من سلطات الاستحصال على المزايا والمنافع المالية للأشياء المادية ، وهى لا تخرج عن سلطات الاستعمال والاستقلال والتصرف . غير أن هذه الحقوق تتنوع تبعا لاختلاف مضمونها باتساع أو ضيق ما تخوله من هذه السلطات الثلاث . فحيث تتجمع هذه السلطات معا فى يد صاحب الحق ،

يسمى الحق « حق الملكية » . وحيث تتجزأ أو تتوزع هذه السلطات ، تنفرع عن حق الملكية حقوق أخرى تعتبر اقتطاعا منه . ولذلك يعتبر حق الملكية هو الحق الرئيسي فى طائفة الحقوق العينية الاصلية ، بينما تعتبر باقى الحقوق العينية الاصلية الاخرى بالنسبة اليه مجرد حقوق فرعية . فنعرض بايجاز لحق الملكية ، ثم للحقوق المتفرعة عنه .

(١) حق الملكية (١) (Le droit de propriété) : اقوى الحقوق

العينية الاصلية واوسعها مضمونا وسلطات هو « حق الملكية » ، اذ يخلو لصاحبه كل السلطات المتصورة على شيء مادي من استعمال واستغلال وتصرف (م ٨٠٢ مدني) .

فلمالك الشيء استعماله ، أى استخدامه فيما هو قابل أو صالح له من أوجه الاستخدام ، كركوبه سيارته أو أقامته فى بنائه أو قراءته كتيبه . وله كذلك استغلاله أى الحصول على ما يتولد أو ينتج عنه من ثمار ، كنتاج الماشية وصوف الاغنام والحاصلات الزراعية وأجرة المبانى والاراضى الزراعية وفوائد السندات وأرباح الاسهم . وله — فضلا عن ذلك — التصرف فى الشيء ، أى التسلط على رقبة الشيء أو على كيانه وجوده ، بحيث يملك دون غيره التحكم فى مصيره واستنفاد سلطاته عليه استنفادا كليا أو جزئيا ، وتصرفه فى الشيء أما أن يكون ماديا بافنائه والقضاء على مادته أو بتغييره تغييرا جوهريا يقلب وظيفته والغرض منه ، وأما أن يكون قانونيا بالنزول عن ملكيته الى الغير أو بتقرير حق عيني أصلى آخر أو حق عيني تبعى للغير عليه .

والاصل أن حق الملكية حق دائم أو مؤبد ، بمعنى أن الشيء المملوك يظل على الدوام محملا بحق الملكية رغم تغير أشخاص ملاكه وتماقيلهم . ولذلك لا يتصور — مع استمرار بقاء الشيء — أن توفقت ملكيته بمدة معينة تنقضى بعدها نهائيا دون أن تثبت لاحد من الاشخاص ، أو أن تنقضى هذه الملكية بالتقادم

(١) راجع فى ذلك : كتابنا « الحقوق العينية الاصلية » ، الجزء الاول ، حق الملكية ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥

المسقط أى بعدم الاستعمال مدة طويلة (١) ، أو أن تسقط هذه الملكية بمجرد الترك أو الاسقاط من المالك دون أن ينقلها في نفس الوقت الى الغير (٢) .

والاصل كذلك أن تثبت ملكية الشيء للمالك واحد يستأثر عليه وحده بكل السلطات ، وهذه هي الملكية العادية أو المفزة . ولكن يمكن أن تثبت ملكية الشيء لعدة ملاك في نفس الوقت ، بحيث يكون لكل منهم حصة حسابية في الملكية كالربع أو الثلث أو النصف دون أن يتجزأ الشيء بعد بينهم بما يوازى هذه الحصص ، كمدة ورثة يرثون قطعة أرض من مورثهم فيتملكونها غير مجزأة معا كل بقدر نصيبه في الارث ، وهذه هي الملكية الشائعة . ومن الواضح أن الملكية الشائعة تتحول الى ملكيات عادية مفزة ، اذا تم من بعد تقسيم الشيء الشائع بين الشركاء بحيث يفرز لكل منهم جزء من هذا الشيء يوازى حصته الاصلية في الشيوع .

(٢) **الحقوق المتفرعة عن الملكية :** هي الحقوق العينية التي تقتطع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك . وقد حدد التقنين المدني الحالي هذه الحقوق بحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق ، فنعرض لكل منها بإيجاز على التوالي .

١ - **حق الانتفاع (Le droit d'usufruit) :** هو حق يخول للمنتفع سلطة استعمال واستغلال ملك غيره دون التصرف فيه ، اذ تظل سلطة التصرف باقية في يد المالك لانه ما زال - رغم تقريره للغير حق انتفاع على ملكه - محتفظا بملكية الرقبة . وعلى المنتفع - طوال انتفاعه - أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد (م ٩٩٠ - ١ مدنى) ، وأن يرده عند

(١) ولكن ليس ما يمنع من أن يكسب الغير الملكية بالتقادم أو مرور الزمن ، اذ ليس في ذلك ما يتناقى مع دوام الملكية حيث لا يتغير بهذا التقادم المكسب الا شخص المالك وحده مع استمرار بقاء حق الملكية نفسه .

(٢) ولكن استثناء من ذلك ، يباح ترك أو اسقاط الملكية في المتقولات وحدها دون العقارات ، بحيث تعود المتقولات المتروكة مباحة سائبة غير مملوكة لاحد ، فيمكن من بعد أن يستولى عليها أى شخص وأن يتبناها بهذا الاستيلاء (انظر كتابنا سالف الذكر ، ج ١ ، ص ١٦٩ و ١٧٠) .

انتهاء حق الانتفاع . وحق الانتفاع حق مؤقت ينتهى بانقضاء الاجل المعين ، فان لم يعين له اجل عد مقررًا لحياة المنتفع ، وهو ينتهى على اى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الاجل المعين (١/٩٩٣ مدنى) .

٢ - حق الاستعمال وحق السكنى : يقتصر حق الاستعمال Le droit d'usage على تخويل صاحبه سلطة استعمال شئ مملوك لغيره ، فهو يختلف اذن عن حق الانتفاع فى انه لا يخول لصاحبه كذلك سلطة استغلاله . واذا كان محل حق الاستعمال عينا معدة للسكنى سمي حينئذ «حق السكنى» (Le droit d'habitation) ، واقتصر على تخويل صاحبه مجرد سكنى هذه العين دون بقية أوجه استعمالها الاخرى ، ودون استغلالها من باب أولى بالتأجير مثلا الى الغير . ويتحدد فى الاصل نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم (م ٩٩٦ مدنى) . ولا يجوز النزول للغير عن أى منهما الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى (م ٩٩٧ مدنى) . وكلا الحقين — كحق الانتفاع — حق مؤقت ينتهى بانقضاء الاجل المعين أو حتى قبل انقضائه فى حال موت صاحبه .

٣ - حق الحكر : ينقرر هذا الحق على الارض الموقوفة (١) ، ويحول لصاحبه — ويسمى المحتكر — استعمالها بالفراس فيها أو البناء عليها . وهو يملك ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر (م ١٠٠٢ مدنى) . ولا يجوز التحكير الا لضرورة

(١) لم يعد جائزا ترتيب حق حكر على ارض غير موقوفة منذ العمل بالتقنين المدنى الحالى فى ١٥ اكتوبر ١٩٤٦ . ومع ذلك يظل مستمرا ما كان مربها من قبل وقتها وقت العمل بهذا التقنين من احكر على ارض غير موقوفة (م ١٠١٢ مدنى) .

ولما كان المشرع المصرى قد النى الوقف الاهلى بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، فقد ادى ذلك الى انتهاء الاحكر المرتبة على الاعيان الموقوفة وقتا اهليا . ثم لم يلبث المشرع بعد ذلك أن مضى فى سياسة تصفية الاحكر على الاوقاف الخيرية فأجاز القانون رقم ٣٤٦ لسنة ١٩٥٣ لوزير الاوقاف انتهاءها اذا اقتضت المصلحة ذلك . ثم حدد بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ مهلة خمس سنوات لاتمام هذا الانتهاء ، ومد هذه المهلة بعد ذلك بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٥ .

أو مصلحة • ولا يجب على أى حال أن يزيد التحكير على ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى) •

وحق الحكر حق مؤقت ينتهى بحلول الاجل المعين له • ولكنه — على خلاف حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى — لا ينقضى بموت المحتكر اذا كان موته قبل حلول الاجل وبعد بنائه أو غراسه • لما اذا كان الموت قبل البناء أو الغراس ، فالاصل هو انقضاء الحكر الا اذا طلب جميع الورثة بقاءه (م ١٠٠٨/١ و ٢ مدنى) •

٤ — **حق الارتفاق** Le droit de servitude الارتفاق «حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر» (م ١٠١٥ مدنى) • والعقار المثلل بالارتفاق أو العقار المرتفق به يسمى «العقار الخادم» ، والعقار المرتفق أى المقرر لفائدته الارتفاق يسمى «العقار المخدم» • ومن أمثلة حقوق الارتفاق : حق المرور الذى يوجد طريقا أو ممرا للعقار المرتفق أو المخدم عبر العقار المرتفق به أو الخادم ، وحق المثل الذى يبيع فتح مطلات على ملك الجار على أقل من المسافة القانونية المشروعة •

ولما كان حق الارتفاق مقورا لمنفعة عقار معين ، فمعنى ذلك أن المنفعة انتهى يحققها منفعة عينية تتعلق بالعقار لا منفعة شخصية تتعلق بمالكه • ولذلك فالاصل بقاء هذا الحق واستمراره رغم تغير ملك العقار المرتفق. ولكن ليس معنى هذا أنه يعتبر حقا ابديا أو دائما فى جوهره (١) بل تملك الإرادة تأقيته بأجل معين ، وحينئذ يكون انتهاءه بانقضاء هذا الاجل (م ١٠٢٦ مدنى) •

وعلى خلاف حق الملكية الذى لا ينقضى مهما طاللت مدة عدم استعماله ، تخضع كل الحقوق العينية المتفرعة منه للتقادم المسقط فتنتضى بمضى المدة القانونية على عدم استعمالها (م ٩٩٥ و ١٠١١ و ١٠٢٧ مدنى) •

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، ج ١ ، هامش من ١٦٤ •

٢٣٨ - الحقوق العينية التبعية

يقصد بهذه الحقوق تلك الحقوق العينية (١) التي توجد لتأمين أو لضمان الوفاء بحق شخصى أى بحق دائنية ضمانا خاصا ، فهي تابعة لهذا الحق المضمون ، ومن هذه التبعية جاءت تسميتها . فهذه الحقوق تأمينات أو ضمانات عينية لوفاء الديون ، اذ تخول للدائن سلطة تتبع الشيء الضامن الذى ترد عليه ولو خرج من تحت يد المدين ، وسلطة التنفيذ عليه واقتضاء حقه من قيمته النقدية بالاولوية والافضلية على غيره من الدائنين الماعدين غير المزودين بمثل هذه الحقوق . ولذلك تجنب الحقوق العينية التبعية اصحابها مخاطر الضمان العام وما يجره من اقتسام الدائنين أموال المدين قسمة غرماء أى بنسبة دين كل منهم .

وتتنوع هذه الحقوق بحسب مصدرها أنواعا ثلاثة : حق الرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز . والاول يتقرر بمقتضى عقد من العقود ، والثانى بأمر من القضاء ، والثالث ينص فى القانون .

(١) حق الرهن : الرهن نوعان : رهن رسمى ورهن حيازى :

١ - الرهن الرسمى (Le droit d'hypothèque) : ينشأ هذا الرهن عن عقد رسمى يخول الدائن ، على عقار مخصص لوفاء دينه ، سلطة التقدم على الدائنين التالين له فى المرتبة ، فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون (م ١٠٣٠ مدنى) .

(١) انظر فى اعتبار هذه الحقوق حقوقا عينية :

شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات فى القانون المدنى الجديد ، ج ١ ، فى التأمينات العينية ، فقرة ٢٨ — كتابنا أصول القانون على ص ٦٠٦ .

وتسارن مع ذلك :

Chauveau, Classification nouvelle des droits réels et personnels, Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1931, pp. 539-612. V. Nos. 40-50, pp 594-612.

شفيق شحلا ، النظرية العامة للتأمين المبنى ، فقرة ١١ وما بعدها .

٢ — **الرهن الحيازي (Le droit de gage)** : ينشأ هذا الرهن عن عند دخول للدائن سلطة حبس الشيء المقدم كضمان للدين الى حين استيفائه ، وسلطة التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء دينه من ثمن الشيء في أى يد يكون (م ١٠٩٦ مدنى) .

وإذا كان هذان الحقان يخولان للدائن المرتهن سلطة تتبع الشيء المرهون في أى يد يكون وسلطة التقدم على غيره من الدائنين في اقتضاء دينه ، فإنها يختلفان في أن حق الرهن الرسمي لا ينشأ الا بمقتضى عقد رسمى يحرر أمام موظف مختص والا كان باطلا ، أما حق الرهن الحيازي فينشأ بمقتضى عقد رضائى أى بمجرد التراضى . وكذلك يختلف الحقان في أن حق الرهن الحيازي يقع على العقار أو المنقول على السواء ، بينما لا يقع حق الرهن الرسمي في الاصل ، الا على العقار وحده . وكذلك فإنه يترتب على حق الرهن الحيازي وضع الشيء المرهون في حيازة الدائن المرتهن أو من ينوب عنه دون خروجه من ملك المدين الراهن ، على خلاف الحال في حق الرهن الرسمي حيث يبقى العقار المرهون في حيازة مالكة .

(٢) **حق الاختصاص (Le droit d'affectation)** : لا ينشأ هذا الحق

كحق الرهن بمقتضى عقد ، ولكن ينشأ بمقتضى أمر من القضاء به . وهو لا يتقرر لكل دائن ، بل يتقرر للدائن حسن النية الذى بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين ، ويتقرر على عقار أو أكثر من عقارات المدين (فلا يتقرر على منقولاته) ، وذلك ضمنا لاصل الدين والفوائد والمصروفات (م ١٠٨٥ - ١ مدنى) . ويكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ، أى يكون له حق التتبع وحق التقدم أو الاولوية في اقتضاء الدين من المقابل النقدي للشيء . ولذلك يسرى على الاختصاص في الاصل ما يسرى على الرهن الرسمي من أحكام ، فيما عدا ما ورد بشأنه من أحكام خاصة (م ١٠٩٥ مدنى)

(٣) **حق الامتياز (Le droit de privilège)** : ينشأ هذا الحق

ويتقرر بنص القانون ، لا بأمر من القضاء كحق الاختصاص ، ولا بمقتضى عقد رسمى أو رضائى كحق الرهن بنوعيه ، وهو يتقرر مراعاة لصفة خاصة تقوم فى الدين ، فيعتبر القانون الديون التى تتوافر فيها مثل هذه الصفة ديونا ممتازة يستوفىها الدائنون بالتقدم والاولوية على غيرهم من الدائنين (م ١١٣٠ مدنى) ، وهذا الحق اما عام يرد على جميع أموال المدين (١) من منقول وعقار ، واما خاص يرد على مال معين بالذات من أموال المدين سواء كان هذا المال عقارا أو منقولا .

ومن أمثلة حقوق الامتياز العامة الامتياز المقرر للمبالغ المستحقة عن الستة الأشهر الأخيرة كأجور ورواتب الخدم والكتبة والعمال ، وكأثمان لما تم توريده من مأكّل وملبس، وكشفقة مستحقة فى ذمة المدين لأقاربه (م ١١٤١ مدنى) . ومن أمثلة حقوق الامتياز الخاصة ، الامتياز المقرر لما يستحق للمؤجر بمقتضى عقد الايجار على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى (م ١١٤٣ مدنى) ، والامتياز المقرر للمبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل — عن أجرة الإقامة والمؤونة وما حصر لحسابه — على الامتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته (م ١١٤٤ مدنى) ، والامتياز المقرر على الشيء المبيع لما يستحق لبائعه من الثمن وملحقاته (م ١١٤٥ و ١١٤٧ مدنى) .

المطلب الثانى

الحق الشخصى أو حق الدائنية

Le droit personnel ou de créance

٢٣٩ — تعريف الحق الشخصى أو حق الدائنية

يعبر الحق الشخصى عن قيام « رابطة اقتضاء » ، أى عن قيام رابطة بين

(١) ولكن يكون من المشكوك فيه حينئذ أعطائها وصف الحق العينى ، انظر : شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ج ١ ، غرة ٢٠٤ — وكأئنا سالف الفكر ، هامش « ١ » ص ٦٠٩ .

شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء معين أى بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، وبذلك يكون للدائن حق فى اقتضاء هذا الاداء من المدين . فالحق الشخصى اذن هو سلطة تثبت لشخص معين فى اقتضاء أداء معين من شخص آخر . واصطلاح « الحق الشخصى » الشائع عن هذا النوع من الحقوق انما يقوم على أساس تضمنه علاقة أو رابطة بين الاشخاص ، وتحققه عن طريق شخص معين غير صاحبه . ولكن لعل فى التعبير عن الحق الشخصى باصطلاح « حق الدائنية » خير بيان لطبيعة هذا الحق من كونه علاقة دين أو علاقة اقتضاء بين الاشخاص اذا نظر اليها من ناحية الدائن ، فضلا عما فيه من دفع للاختلاط بين اصطلاح « الحق الشخصى » واصطلاح « حق الشخصية » المعبر عن حق لصيق بالشخصية

والحق الشخصى أو حق الدائنية — كما يبين من تعريفه — ليس محله — كالحق العينى — شيئا من الاشياء ، وانما محله دائما عمل معين (١) من جانب مدين معين ، سواء كان هذا العمل ايجابيا أو سلبيا . ومثال العمل الايجابى التزام المقرض برد مبلغ القرض الى المقرض ، والتزام المقاول ببناء منزل ، والتزام الطبيب باجراء جراحة معينة . ومثال العمل السلبى أى الامتناع عن عمل معين : التزام بائع المحل التجارى قبل مشتريه بعدم منافسته له عن طريق فتح محل مشابه فى نفس الحى طوال مدة معلومة ، والتزام كاتب شهير — متعاقد مع صحيفة معينة على الكتابة فيها مدة معينة — بعدم الكتابة فى غيرها طوال مدة العقد .

واذا كان الاداء أو العمل على اختلاف صورته الايجابية والسلبية محلا للحق

(١) وذلك حتى فى صورة الالتزام باعطاء أى الالتزام بتقرير حق عينى على شيء من الاشياء .
محق مشترى العقار فى اقتضاء نقل الملكية اليه من بائعه — وهو حق شخصى — ليس محله العقار المبيع ، وانما محله عمل ايجابى هو قيام البائع بتطبيق نقل الملكية الى المشترى عن طريق المساهمة فى اجراءات التسجيل (فى هذا المعنى : محمد سالى مذكور ، ص ١٥ — اسماعيل غانم ، ص ٢٧) .

الشخصي ، فينبغي أن تتوافر لهذا الاداء أو العمل صفة مالية (١) ، بمعنى أن يكون في الإمكان تقديره بالنقود ، حتى ولو كانت المصلحة التي يستهدفها صاحب الحق الشخصي من وراء هذا الاداء محض مصلحة أدبية أو معنوية (٢) . ومالية الاداء هي التي تؤدي الى اعتبار الحق الشخصي حقاً من الحقوق المالية ، وإلى تمييز الالتزام بصفته المالية عن مجرد الواجبات القانونية التي تفتقد الصفة المالية . وهي التي تؤدي كذلك الى دخول الحق الشخصي ضمن العناصر الايجابية للذمة المالية للدائن ، وإلى دخول الالتزام ضمن العناصر السلبية للذمة المالية للمدين .

والحق الشخصي ليس في واقع الامر إلا أحد وجهين لرابطة الاقتضاء . فهذه الرابطة ، إذ تفترض وجود طرفين من الأشخاص يملك أحدهما اقتضاء أداء مالي معين ويلزم الآخر بالخضوع لهذا الاقتضاء ، إنما تضع في يد الأول حقاً وتلقى على عاتق الثاني التزاماً . فالحق الشخصي والالتزام وجهان متقابلان لرابطة قانونية واحدة هي رابطة اقتضاء ، كل ما في الامر أن الحق الشخصي هو وجهها الايجابي المتمثل في سلطة الاقتضاء المعطاة للدائن ، والالتزام هو وجهها السلبي المتمثل في الالتزام المحمل به المدين . ولذلك يمكن أن تسمى هذه الرابطة « رابطة اقتضاء » أو « رابطة القزام » ،

(١) انظر في هذا المعنى بوجه خاص :

عبد الحى حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، ١٩٥٤ ، ج ١ ، ص ٢٤ وما بعدها . . .
اسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، ١٩٥٦ ، فقرة ٦ ، ص ١١٠ ،
وهابش ٢٩ ، ص ١١ — ١٢ ، مصادر الالتزام ، المقدم والإرادة المفردة ، ١٩٦٦ ، فقرة ٦ ،
= ص ١٦١٥ — صليمان مرقس ، أصول الالتزامات ، ج ١ ، في مصادر الالتزام ، ١٩٦٠ ،
فقرة ١٦ ، ص ١٨١٧ . — جلال المدوى ، أصول المحاكمات ، ١٩٦٧ ، ص ٤٢ .

وانظر كذلك :

Gaudeмет. Théorie générale des obligations, éd. 1965, pp. 12-14. — Mazeaud, op. cit., t. II, No. 18.

ولكن قارن بخاصة :

Demogue, Traité des obligations en général, t. I, No. 5, pp. 8-10.

(٢) في هذا المعنى :

عبد الحى حجازي ، اسماعيل غانم ، المواضع السابقة .

(م ٢٩ — المدخل الى القانون)

ويستوى في التعبير عنها اطلاق اصطلاح « الحق الشخصى » أو اصطلاح « الالتزام » ، فالاصطلاح الاول انما يعبر عن هذه الرابطة من ناحية الدائن أى من ناحية الطرف المقتضى ، والاصطلاح الثانى انما يعبر عنها من ناحية المدين أى من ناحية الطرف الملزم .

ومع ذلك ، فقد شاع فى التشريع وفى الفقه النظر الى هذه الرابطة أساسا من ناحية المدين لا من ناحية الدائن ، والتعبير عنها بالتالى بالالتزام لا بالحق الشخصى . ولعل مرجع ذلك الى الرغبة فى تأكيد أهمية الالتزام ، بما يعنيه من ايراد قيد خاص على حرية المدين ، وبما يمثله من عنصر سلبى فى الذمة المالية للمدين .

وعلى أى حال ، فنظرية الالتزام التى يدرس تحتها الالتزام والحق الشخصى تعتبر قطب الرعى فى الدراسات القانونية جميعا . ومرجع ذلك أساسا الى أن روابط الاقتضاء أو الالتزام هى أكثر روابط القانون شيوعا فى الحياة الاجتماعية ، ليس فحسب فى محيط المعاملات المدنية المحض ، وانما كذلك فى مجال باقى المعاملات الاخرى على اختلاف أنواعها .

المطلب الثالث

التفرقة بين الحق العينى وبين الحق الشخصى

٢٤٠ — التفرقة التقليدية بين الحقين

التفرقة بين الحق العينى من ناحية وبين الحق الشخصى أو حق الدائنية من ناحية أخرى تفرقة عريقة فى الفقه . وتقوم هذه التفرقة التقليدية على أساس أن الحق العينى يخول لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الاشياء المادية فلا يوجد فيه الا عنصران : شخص هو صاحب الحق ، وشيء هو محل الحق . بينما يخول الحق الشخصى أو حق الدائنية لصاحبه سلطة مطالبة شخص آخر معين بعمل أو بامتناع بناء على ما يوجد بينهما من رابطة قانونية ، بحيث يتوافر فى هذا الحق عناصر ثلاثة : طرف ايجابى هو صاحب

الحق أو الدائن ، وطرف سلبي هو المحمل قبله بالالتزام أو المدين ، ومحل هو العمل أو الامتناع المتوهم به الطرف السلبي .

٢٤١ — محاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي

رغم أن التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي تفرقة تقليدية مستقرة في الفقه ، إلا أن ذلك لم يمنع جانبا من الفقه الحديث من جردها ومحاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، على أساس القول بأن الحق العيني تتوافر له نفس الرابطة القانونية القائمة بين طرفين من الأشخاص والمسلم وجودها في الحق الشخصي ، وبذلك تجتمع في كل من الحقين نفس العناصر الثلاثة : الطرف الايجابي والطرف السلبي والمحل .

ونقطة الابتداء عند أصحاب هذه المحاولة ، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي الكبير « بلانيول » (Planiol) (١) ، أن الروابط القانونية لا يتصور قيامها إلا بين أشخاص وحدهم . ولما كانت الحقوق في منطقتهم ليست إلا روابط قانونية ، فمن الحتم إذن القول بأن الحق العيني — كالحق الشخصي سواء بسواء — يشتمل على رابطة قانونية بين الأشخاص خلافا للنظرة التقليدية ، أي يشتمل على طرف ايجابي من ناحية ، وطرف سلبي من ناحية ثانية ، ومحل من ناحية ثالثة . كل ما في الامر أن الطرف السلبي في الحق العيني لا يكون معينا نفس التعيين المتوافر في الحق الشخصي ، فهو سائر الأشخاص كافة غير الشخص المكون للطرف الايجابي ، ومضون التزامهم يكون سلبيا محضا إذ يتركز في الامتناع عن التعرض للطرف الايجابي في تمتعه بالحق . وبذلك ينتهي منطق هذا النظر الى تصور الحق العيني كرابطة تقوم بين شخص معين والكافة ، بمقتضاء يلتزم الكافة بالامتناع عن التعرض لما يكفله القانون لهذا الشخص من سلطة على شيء مادي معين .

وعلى هذا النحو ، لا يبقى من فرق — عن أهل هذا النظر — بين الحق العيني والحق

الشخصى أو حق الدائنية ، سوى أن الطرف السلبى فى الحق الشخصى شخص أو أشخاص معينون ، بينما هو فى الحق العينى غير معين لانه يشمل الناس كافة دون تحديد . وسوى أن التزام الطرف السلبى فى الحق العينى هو مجرد التزام سلبى قاصر على الامتناع عن التعرض للطرف الايجابى فى حقه ، بينما يكون فى الحق الشخصى التزاما محددًا ، ايجابيا كان أم سلبيا ، أى بعمل أو بامتناع . وتلك فروق ليست بذات بال عند أنصار هذا الاتجاه فى التقريب بين النوعين من الحقوق ، إذ هى فروق لا تكشف عن اختلاف فى الطبيعة بينهما وانما هى مجرد اختلاف فى المدى والنطاق .

٢٤٢ — الإبقاء على التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى

تلك هى محاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى للجمع بينهما على أساس وجود رابطة بين الأشخاص فى كليهما . وظاهر أن هذه المحاولة صناعية ابتكرها اهل هذا النظر للتوفيق بين ما هو واقع فى العمل من وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق العينى وبين الشيء محل حقه دون حاجة لوجود أو تدخل شخص آخر ، وبين المقدمة التى يبدأون منها ويبنون عليها وهى ان الحقوق انما تعبر عن روابط قانونية والروابط القانونية لا تتصور الا بين الأشخاص .

وقد سبق عند التعرض لتعريف الحق أن أظهرنا ما فى إطلاق القول بحصر الروابط القانونية بين الأشخاص وحدهم من تجوز (١) . فليس يصدق مثل هذا القول — فيما نرى — الا فى شأن نوع معين من الروابط القانونية هو « روابط الاقتضاء » ، أى الروابط التى تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، إذ هذا النوع من الروابط وحده هو الذى يفترض وجود التزام معين واقع على عاتق طرف آخر يكون له اقتضاء

(١) انظر سابقا من ٤١٨ و ٤١٩ .

وانظر فى هذا المعنى :

Mazeaud, t. I, No. 166. — Beudant et Voinet, t. IV, No. 58.

الوفاء به ، والالتزام لا يتصور محملا به الا الاشخاص وحدهم . أما النوع الاخر من الروابط القانونية أى « روابط التسلط » ، فلا يتصور منطقيا قيامه بين شخص وشخص وانما بين شخص وشئ ، لان التسلط لا يتصور واقعا على الاشخاص بل على الاشياء وحدها .

والتشبث بالنظر الى الروابط القانونية نظرة واحدة على أساس انها جميعا روابط أشخاص ، هو الذى أوقع بعض الفقهاء فى الحرج ازاء الحق العينى الذى لا يظهر فيه الا صاحب ومحل دون حاجة لوجود شخص آخر كطرف سلبى ، فلم يجدوا مخرجا من هذا الحرج الا التحايل على الواقع باصطناع طرف سلبى وهمى فى هذا الحق — وهو الناس كافة — يقع عليه التزام سلبى بعدم التعرض لصاحب الحق العينى فى تمتعه بحقه .

ووجه التحايل والاصطناع فى هذا القول ظاهر واضح . فمثل هذا الالتزام السلبى العام المقول بوجوده فى الحق العينى على عاتق الناس كافة بعدم تعرضهم لصاحب الحق فى تمتعه بحقه ، ليس مقصورا على الحق العينى وحده بل هو قائم بالنسبة لكافة الحقوق بما فيها الحق الشخصى أو حق الدائنية (١) . فذلك اثر حتمى لوجود الحق ولاستناده الى القانون ، فهو فى الحقيقة مظهر حماية القانون للحق . والبصر بذلك يكشف عن أن مثل هذا الالتزام السلبى العام لا يدخل فى عناصر تكوين الحق بل هو تال لوجوده كوسيلة لحمايته ، فنشوء مثل هذا الالتزام اذن انما يفترض أولا نشوء الحق . فكيف يتأتى بعد ذلك النظر الى هذا الالتزام باعتباره عنصرا من العناصر المكونة للحق العينى ، ومقارنته بالالتزام الخاص الواقع على المدين فى الحق

(١) فالتاس كافة ملزمون بعدم التعرض لصاحب الحق الشخصى فيما يكفله له القانون من قدرة اقتضاء أداء معين من شخص معين . تملص المصنع الذى يحرص عملا يشتغل عند غيره على الاخلال بالتزامه التلقائى قبل هذا الغير بترك العمل قبل انتهاء مدة العقد ليعمل عنده ، يخل بالالتزام السلبى العام المفروض على الكافة باحترام الحقوق ايا كان نوعها ، فيلزمه التمييز عما أحدثه فعله من ضرر للغير .

الشخصى أو حق الدائنية وهو الذى يعتبر عنصرا جوهريا من عناصر تكوينه بحيث لا تصور قيلم هذا الحق بدونه ؟ (١) .

ولذلك فالالتزام الخاص وحده — دون الالتزام السلبى العام — هو الذى يصدق عليه اصطلاح « الالتزام » بالمعنى الفنى الدقيق . فالالتزام الخاص عنصر من عناصر الذمة المالية لانه عنصر من عناصر حق مالى هو الحق الشخصى ، أما الالتزام السلبى العام ، فلا يدخل ضمن عناصر الذمة المالية ، لانه واجب مجرد من القيمة المالية . والالتزام الخاص — على خلاف الواجب السلبى العام المتوجه الى الكافة — يفترض قيда خاصا يرد على حرية شخص أو أشخاص معينين ولا يرد على حرية الآخرين . وكذلك ففى الالتزام الخاص يكون شخص المدين محددا معينا وقت نشأة الالتزام ، بينما يكون شخص المدين فى هذا الواجب السلبى العام غير محدد أو معين وقت نشأته اذ يترك مجهولا ومعلقا على رؤوس الكافة (٢) . وكذلك فان مضمون الالتزام الخاص يحدد مضمون الحق المقابل له . أما مضمون الواجب السلبى العام ، فلا يحدد مضمونا لى حق ، لانه طالما لم يحصل اخلال بهذا الواجب فلا يقابله بعد أى حق من الحقوق . فالواجب السلبى العام الذى يمنع التعرض للمالك فى ملكه مثلا ، لا يحدد بحال من الاحوال مضمون حق الملكية — من استعمال واستغلال وتصرف — الذى يقال انه يقابله ، بينما يحدد الالتزام الخاص الواقع على المقترض برد مبلغ القرض فى الاجل المضروب مضمون حق المقترض فى اقتضاء هذا الرد ، اذ الحق هنا ليس الا الالتزام نفسه ولكن منظوروا اليه من ناحية الدائن .

(١) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, t. IV, No. 56. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166. — Notre thèse précitée, p. 105, Note (1).

(٢) واذا تمين هذا المدين بالاعتداء على حق من الحقوق كالحق العينى اخلالا بالواجب السلبى العام ، فان هذا الاعتداء ينشئ حينئذ حقا جديدا مبتغلا عن الحق العينى المعتدى عليه ، هو حق دائنيه لى صاحب الحق المعتدى عليه قبل المعتدى .

لذلك كله ، يكون من العبث محاولة رد الحق العيني الى نوع من الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية على أساس وحدة وجود التزام في كل منهما ، ما دام الالتزام لا يأخذ نفس المعنى والدلول في الحالين . فضلا عن أن الواجب السلبي العام الواقع على الكافة اذا كان موجودا في الحق العيني وفي الحق الشخصي على السواء كغيرهما من الحقوق ، فيبقى أن الحق الشخصي ينفرد وجوده بالاضافة الى ذلك بوجود التزام فيه بالمعنى الفنى الدقيق أى التزام شخص معين بأداء معين .

ولذلك لم يكتب الرواج في الفقه الحديث لمحاولة تقريب الحق العيني من الحق الشخصي ، فظلت التفرقة التقليدية قائمة ثابتة بين الحقين .

والواقع أن هذه التفرقة التقليدية واجبة محتومة بين النوعين من الحقوق، إذ هما مختلفان اختلافا ظاهرا في المحل : فمحل الحق العيني شيء من الأشياء المادية ، ومحل الحق الشخصي أداء معين أى عمل أو امتناع . وهذا الاختلاف في المحل ، هو الذى يفسر اختلاف طبيعة الرابطة القانونية التى يعبر عنها كلا النوعين من الحقوق . فما دام المحل في الحق العيني شيئا من الأشياء ، فالرابطة المتصور وجودها لا يمكن أن تكون الا رابطة تسلط مباشر من شخص على هذا الشيء دون حاجة الى وساطة شخص آخر ، بحيث لا يوجد في هذا الحق الا طرف ايجابى ومحل دون وجود لطرف سلبي . وما دام المحل في الحق الشخصي عملا من الاعمال، فالرابطة المتصور وجودها لا يمكن الا أن تكون رابطة اقتضاء لهذا العمل من شخص معين ، بحيث يحتاج الامر دائما في هذا النوع من الحق الى وساطة هذا الشخص لاداء ذلك العمل ، أى الى وجود طرف سلبي فضلا عن وجود الطرف الايجابى والمحل .

٢٤٣ — آثار التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي (١)

أما وقد انتهينا الى ضرورة التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي أو

(١) راجع في ذلك كتابنا في حق الملكية سالف الذكر ،قرة ١٥ ، ص ٤١ — ٥٢ .

حق الدائنية على أساس اختلاف المحل بينهما وما يجره من اختلاف طبيعة الرابطة القانونية التي يعبر عنها كل منهما ، فلا يبقى الاعرض ما يترتب على هذه التفرقة من آثار متعددة نتبجة هذا الاختلاف .

(١) الحق العيني حق مطلق (droit absolu) والحق الشخصي أو

حق الدائنية حق نسبي (droit relatif) ومعنى ذلك أن الحق العيني يحتج به وينتج اثره في مواجهة الكافة ، بينما لا ينتج الحق الشخصي اثره ولا يحتج به الا في مواجهة شخص أو اشخاص معينين . ومرد ذلك الى أن الحق العيني انما يكون رابطة تسلط، فيخول بذلك لشخص معين سلطة قانونية على شيء من الاشياء أو يجعل له هذه السلطة مباشرة على الشيء دون حاجة الى وساطة أى شخص آخر ، فهي اذن سلطة مطلقة سارية وناذرة في حق الكافة ما دامت لا تتوقف على عمل أو تدخل من جانب أحد منهم ، بل تتوقف على مجرد وجود الشيء وحده اذ تقع عليه مباشرة . بينما يكون الحق الشخصي رابطة اقتضاء فيخول لشخص معين قدرة اقتضاء أداء معين من شخص آخر ، وهو ما يجعل تحقيق هذا الاقتضاء رهنا بتدخل شخص معين — فهو اذن اقتضاء قلصر أو نسبي — مما يسبغ على الحق الشخصي صفة نسبية بحيث لا ينتج اثره أو يحتج به الا في مواجهة شخص أو اشخاص معينين (١) .

(٢) يخول الحق العيني دون الحق الشخصي ميزة أو حق التتبع

(droit de suite) : قلنا ان الحق العيني انما يعطى لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الاشياء دون وساطة شخص آخر ، وهو بذلك يخلق رابطة مباشرة بينه وبين الشيء تعبر عن تسلطه على هذا الشيء وخضوع الشيء لهذا التسلط ، بحيث يظل هذا الخضوع قائما في أى يد يوجد هذا الشيء فيكون لصاحب الحق العيني تتبعه اينما كان . فمضمون هذا الحق هو التسلط على شيء من الاشياء ، وتحقيق هذا التسلط رهين بوجود هذا الشيء دون اعتبار لمكان وجوده أو شخص من يحوزه ، اذ هو

(١) انظر في اختلاف هذا المعنى للاطلاق والنسبية من حيث تحقق مضمون الحق وممارسة سلطاته عن معنى آخر للاطلاق من حيث مدى احترام الحق تشترك فيه الحقوق جميعا : كتابنا سالف الذكر في حق الملكية ، فقرة ١٥ ، ص ٤١ و ٤٢ .

مستقل فى وجوده عن أية رابطة بين الاشخاص ، فلا يتأثر بتغيرهم ، فأينما يكون هذا الشيء يدركه صاحب الحق العينى بما له من تسلط مباشر عليه (١) .

أما الحق الشخصى أو حق الدائنية ، فلا يخول لصاحبه مثل هذا الحق فى التتبع لانه ليس بالحق الوارد على شيء — كالحق العينى — حتى يلزم الشيء ويتبعه فى أى يد يكون ، ولكنه وارد على عمل شخص معين هو المدين ولا يتصور التتبع فى شأن عمل من الاعمال . بل ولا يتصور التتبع كذلك حتى ولو كان موضوع العمل الملزم به المدين شيئاً من الاشياء ، اذ يظل محل حق الدائن رغم ذلك هو العمل لا الشيء ، فيكون الشيء بمعنى عن اى سلطان مباشر للدائن . ولذلك ، لا يكون لمشتري عقار لم يسجل عقد البيع أن يتتبع هذا العقار تحت يد مشتر جديد له قام باجراءات التسجيل ، اذ ليس له قبل التسجيل الا مجرد حق شخصى قبل البائع يتلخص فى قدرة اقتضائه نقل ملكية العقار المبيع اليه ، دون أن تكون له فضلاً عن ذلك أية سلطة قانونية مباشرة على هذا المبيع تحول له حق تتبعه فى أى يد وجد .

يخلص من ذلك أن الحق العينى هو الذى ينفرد دون الحق الشخصى بميزة تتبع الشيء فى أى يد وجد (٢) . وهذه الميزة ليست قاصرة على نوع معين من الحقوق العينية دون نوع آخر ، فهى ميزة تقتضيها طبيعة الحق العينى ذاته ، بحيث نجدها ملازمة للحقوق العينية جميعا الاصلية والتبعية منها على السواء (٣) . ولذلك يكون للمالك تتبع الشيء المملوك اذا خرج من تحت يده ،

(١) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 73.

(٢) انظر عكس ذلك :

Chauveau. article précité, No. 10.

(٣) فى هذا المعنى :

Derruppé, thèse précitée, Nos. 181-184. — Beudant et Voirin, t. IV, Nos. 73, 74. — Planiol, Ripert et Pécard, t. III, No. 45.

اسماعيل غانم ، ص ٣٢٣١ . — محمد على هرنه ، شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية ، ج ١ ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرة ٤ ، ص ٧ و ٨ .
ولكن انظر عكس ذلك :

Bonnecase, op. cit., t. V, No. 105.

شفيق شحاته ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، فقرة ١٥ .

واسترداده من أى شخص يكون حائزا له . وكذلك يكون للدائن المرتهن رهنا رسميا تتبع العقار المرهون اذا خرج من ملك مدينه ومباشرة حقه عليه بين يدي المالك الجديد أو الحائز .

(٣) **يحول الحق العيني دون الحق الشخصى ميزة أو حق الافضلية** (droit de préférence) : قلنا ان الحق العيني ينشئ رابطة قانونية مباشرة بين الشخص صاحب الحق والشيء محل الحق ، بحيث يستأثر صاحب الحق العيني وحده — بمقتضى هذه الرابطة — بسلطاته على الشيء كاملة لايزاحمه فيها أحد . وما يخوله الحق العيني لصاحبه من استبعاد كل مزاحم له فى ممارسة سلطاته على هذا النحو هو الذى يعبر عنه بميزة أو حق الافضلية . وتلك ميزة ضخمة تؤكد الرابطة المباشرة بين صاحب الحق العيني ومحلّه ، وتبقى هذا المحل كله دون انتقاض خاضعا لسلطان صاحب الحق وحده دون منازع .

أما الحق الشخصى أو حق الدائنية ، فباعتباره لا ينصب على شيء معين من أشياء المدين يخضعه مباشرة لسلطة الدائن بل يرد على مجرد عمل ايجابى أو سلبى يلتزم بأدائه المدين ، يكون الوفاء به مضمونا بالجانب الإيجابى من ذمة المدين كما سيرد البيان . وذلك قد يضرر مخاطر جسيمة يتعرض لها الدائنون اذا لم تكف أموال المدين لوفاء كل ديونهم ، اذ لا مناص حينئذ — وهم مشتركون متساوون بطبيعة حقوقهم فى هذا الضمان العام — من اقتسام أموال المدين فيما بينهم قسمة غرماء أى بنسبة ديونهم . فالحقوق الشخصية اذن تعرض أصحابها لخطر التضاحم فيما بينهم والخروج بوفاء منقوص .

ولهذا فان الحقوق العينية لا تتزاحم مع الحقوق الشخصية (١) ، اذ أن حق الافضلية الذى تتميز به يجنبها مثل التضاحم . من أجل ذلك تولدت فكرة تأمين الوفاء بالحقوق الشخصية عن طريق لردائهمها بحقوق عينية تبعية تنشئ

(١) ولا تتزاحم الحقوق العينية فيما بينها ، لانها اذا اجتمعت على نفس الشيء وكثت من نفس النوع ، فثم أوجه للنفاصل بينها كالاسبقية فى مرتبة التقيد أو الشهر أو الحيازة فى القول .

للدائنين من أصحابها سلطات مباشرة على اشياء معينة مملوكة للمدين ، بحيث تعتبر هذه الاشياء ضمانا يستوفون من قيمتها ديونهم بالاولوية والافضلية على سائر الدائنين العاديين . فالدائن الذى يرتهن عقارا لمدينه ضمانا لدينه ، يكون مقدما فى اقتضاء هذا الدين من قيمة العقار المرهون على كل دائن عادى غير مزود بحق عينى تبعى .

ولئن كانت ميزة الافضلية تبدو اوضح ما تكون فى صدد الحقوق العينية التبعية مما حدا بنفر من الفقهاء الى قصر هذه الميزة على هذا النوع من الحقوق العينية وحده (١) ، الا أن النظرة الصحيحة الى حقيقة هذه الميزة وارتباطها بطبيعة الحق العينى ذاته تجعلنا نذهب مذهب الكثير من الفقهاء (٢) فى تصور هذه الميزة ملازمة للحقوق العينية التبعية والاصلية على السواء .

(٣) قصور ارادة الافراد عن ابتداع حقوق عينية غير تلك التى يعينها القانون ، وقدرتها على ذلك فى الحقوق الشخصية : هذه النتيجة التى جرى جمهور الفقهاء فى القديم والحديث على اعتبارها بعض آثار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ، قد ناهضها مع ذلك بعض الفقهاء بدعوى أن مبدأ سلطان الارادة يقضى بعدم قصر نطاقه على الحقوق الشخصية دون الحقوق العينية ، اذ ما دامت الارادة ملتزمة بحدودالنظام العام والاداب فهى قادرة على ابتداع ما تشاء من حقوق عينية وحقوق شخصية على السواء .

ولكن هذا الرأى (٣) يغفل أن الحقوق العينية ذاتها متعلقة بالنظام العام ، بحيث لا يتصور أن يوجد مجال لسلطان ارادة الافراد ازاءها .

Bonnecase, Ibid. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 45 (١)

شفيق شحاته ، فقرة ١٥ ، ص ٢٧ .

Derruppé, thèse précitée, Nos. 202-204. — Beudant et Voirin (٢)
op. cit., No. 79.

اسماعيل غنم ، هاشم (٢) ، ص ٢٢ . — محمد على عرمه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٤ ، ص ٨ و ٩ .

(٣) انظر فى انتقاد هذا الرأى : كتابنا سالف الذكر فى أحكام حق الملكية ، ج ١ ص ٤٨ — ٥٠ .

فمن ناحية ، تعتبر الملكية — وهى أساس الحقوق العينية الاصلية — من
الدعائم الرئيسية التى يقوم عليها بناء المجتمع الاقتصادى ، فتكون من هذا
الوجه متعلقة بالنظام العام . أما بقية الحقوق العينية الاصلية ، فلا تعدو أن
تكون قيودا واردة على حق الملكية باعتبارها تجزئة واقتطاعا مما يخوله هذا
الحق للمالك من سلطات واسعة فى الاستعمال والاستفلا والتصرف ، ومن
هنا ، يكون الشأن فى تقرير مثل هذه القيود من اختصاص المشرع وحده
لمساسها بمساس خطير بحق الملكية وهو من النظام العام كما سبق البيان . فلا
يكون لارادة الافراد سلطان فى التخلص من بعض هذه القيود أو اضافة قيود
أخرى اليها تحت ستار انشاء حقوق عينية أصلية جديدة ، والا تعرض للكيان
الاقتصادى للمجتمع للانهيار (١) .

ومن ناحية أخرى ، فإن الحقوق العينية التسمية — وهى تمثل فكرة الائتمان
والضمان فى المعاملات — تعتبر فى الصميم كذلك من النظام العام لاتصالها
بالتوثيق بنظام المجتمع الاقتصادى . ولذلك يكون من الطبيعى أن ينفرد المشرعون
الافراد بتقرير هذه الحقوق وتنظيمها التنظيم المتفق مع صالح المجتمع
الاقتصادى (٢) .

(٥) ينبغى أن يكون الشيء فى الحق العينى — دون الحق الشخصى — حالا
ومعينا بالذات : ما دام الحق العينى يتضمن رابطة بين شخص و شيء تخول
للشخص تسلا قانونيا مباشرا على الشيء ، فلا يتصور إذن وجود الحق
العينى الا بوجود محله وجودا حالا لا مستقبلا ، فبدون وجود الشيء وجودا
محققا لا يتصور قيام الحق العينى . ولا يكفى لقيام الحق العينى وجود الشيء
وجودا محققا ، بل ينبغى فضلا عن ذلك أن يكون هذا الشيء معينا بالذات ،

(١) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 70.

اسماعيل غنم ، ص ٤٦ و ٤٧ — شفيق شحاته ، فقرة ١٦ .

(٢) فى هذا المعنى :

اسماعيل غنم ، ص ٤٧ .

اذ لابد أن يتحدد المحل الذى يقع عليه التسلط مباشرة تحديدا يمينه ويعزله عن غيره ، وهذا ما يتطلبه القانون المصرى صراحة (١) .

أما الحق الشخصى ، فلكون محله عملا من الاعمال لا شيئا من الاشياء لانه يتضمن رابطة اقتضاء لا رابطة تسلط ، فان من المتصور وجود هذا الحق حتى ولو كان محله — وهو العمل — متعلقا بشيء من الاشياء المستقبلية أو من الاشياء المعينة بالنوع لا بالذات . ولذلك يقضى القانون المصرى بأنه يجوز — كقاعدة عامة — أن يكون موضوع المحل شيئا مستقبلا (م ١٢١ - ١ مدنى) .

ولكن ثم استثناءات ترد على هذه القاعدة . منها ما هو خاص بالتعامل فى التركة المستقبلية أى فى تركه انسان على قيد الحياة من قبل الوارث المستقبل فهو تعامل باطل ولو كان برضاء الشخص المتعامل فى تركته أى المورث المستقبل (م ١٣١ / ٢ مدنى) . ومنها ما هو خاص بحظر هبة الاموال المستقبلية (م ٤٩٢ مدنى) .

(١) اذ ينص على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الالتزام » ، وذلك دون اخلال بالتكواعد المتعلقة بالتسجيل » (م ٢٠٤ مدنى) ، وعلى أنه « اذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شيء لمعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بإفراز هذا الشيء » (م ٢٠٥ / ١ مدنى) .

المبحث الثالث

الحقوق الذهنية (١)

Les droits intellectuels

٢٤٤ — ظهور طائفة الحقوق الذهنية، وتصدى التشريعات الحديثة لتنظيم

احكامها

كان الفقه التقليدى جاريا على حصر الحقوق فى الانواع المتقدمة . غير أن التطور لم يلبث أن أظهر حقوقا ترد على نتاج الفكر والذهن لا تقل أهمية عن الحقوق التقليدية ، فاحتار الفقه فى تكيفها وفى موضعها بين الحقوق وفقا لمقاييسه التقليدية حيرة باثت فى الاختلاف حتى على تسميتها ، فعرفت تارة باسم « الملكة الادبية أو الفنية أو الصناعية » ، وعرفت حيناً باسم « الحقوق المعنوية أو الادبية » ، وعرفت أخيراً باسم « الحقوق الذهنية »

ويبدو أن التسمية الأخيرة هى التى كتب لها الشىوع والرواج فى الفقه الحديث ، باعتبارها أقدر من غيرها على تجلية طبيعة هذه الحقوق التى ترد على خلق ذهنى . فالمقصود بالحقوق الذهنية ذلك النوع من الحقوق الذى يرد على أشياء معنوية غير محسوسة من خلق الذهن ونتاج الفكر ، فيثبت لصاحب الحق الذهنى أو الفكرى أبوة هذا الخلق ونسبته اليه وحده ، ويعطيه احتكار استغلاله استغلالاً مالياً يكفل له الحصول على ثمراته . ومن أظهر أمثلة

(١) راجع فى ذلك بمسفة خاصة :

Olangier, Le droit d'auteur, 2 vol., 1934. — Desbois, Le droit d'auteur, 1950. — Roubier, Le droit de la personnalité industrielle, t. I, 1952. — Desbois, op. cit., No. 262.

... محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ٣٧١ — ٣٩٧ . — كتابنا أصول القانون ، فقرات ٢٥٢ — ٢٥٩ ، ص ٦٢١ — ٦٦٤ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٨ ، ١٩٦٨ ، فقرات ١٦٤ — ٢٩٠ ، ص ٢٧٤ — ٤٧٦ .

الحقوق الذهنية حق المؤلف بالمعنى الواسع ، أى حق الكاتب وحق المخترع وحق الملحن وحق الفنان — رساما كان أو مصورا أو مثالا — فى أبوة واستغلال ما ابتكروه من أفكار أو اكتشافات أو الحان أو لوحات أو صور أو تماثيل . ولكن يعتبر كذلك من الحقوق الذهنية فى معناها الواسع ، الحقوق الواردة على مقومات « المحل التجارى » المعنوية من اسم تجارى وعلامة تجارية وسمعة وثقة عملاء والتي أصبح الاصطلاح جاريا على تسميتها باسم « الحقوق المتعلقة بالعملاء *droits de clientèle* »

وقد عنيت القوانين الداخلية لاغلب الدول الحديثة بتنظيم هذه الحقوق بمعناها الواسع . بل ان الضرورة لم تلبث ان دعت الى عقد اتفاقات دولية متعددة بقصد توحيد القواعد بشأنها وتنظيم حماية متبادلة من جانب كل دولة موقعة على هذه الاتفاقات . فأبرمت فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ اتفاقية برن الخاصة بتنظيم حماية حقوق المؤلفين . وقد تناولها التعديل عدة مرات فى مؤتمرات عقدت خصيصا لذلك ، كان آخرها مؤتمر بروكسل المنعقد سنة ١٩٤٨ . وكذلك أبرمت فى ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية من علامات تجارية وبراءات اختراع ورسوم ونماذج صناعية ، وتناولها التعديل كذلك أكثر من مرة .

أما فى القانون المصرى ، فقد تأخر التدخل التشريعى (١) لتنظيم مختلف هذه الحقوق وكفالة حماية فعالة لها . اذ كانت بداية هذا التدخل صدور القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٢٩ لحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات والبيانات التجارية . ثم تلاه القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها الذى يتضمن نصوصا خاصة بمقومات المحل التجارى المعنوية ، والقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ باتضمام مصر الى اتفاقية باريس الخاصة

(١) ولكن الغشاء المصرى لم ينكح حينئذ من اصطلاح الصلابة القانونية الواجبة فى هذا الشأن ، مستهديا فى ذلك بمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة (انظر كتابنا سالف الذكر ، متن وهابى ٢٥ ص ٥٣٠) . ولكنها كتبت حماية قاصرة محدودة اهم انعدام النص .

بحماية الملكية الصناعية . ثم صدر أخيرا القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف .

ويعيننا في شأن تبين معيار طبيعة الحقوق الواردة على أشياء غير مادية ومكانها بين الحقوق ، أن نقصر منها على الحقوق الذهنية بالمعنى الدقيق وهي حقوق المؤلف . ذلك أن غيرها من الحقوق المتعلقة بالعملاء والخاصة ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات التجارية ومقومات المحل التجارى المعنوية ، لها ما يميزها من صفتها التجارية والاقتصادية من ناحية ، وأن حقوق المؤلف ، من ناحية ثانية ، هي التي تتبدى فيما يتعلق أساسا بالناحية المعنوية (١) والتي تختلف اختلافا بينا — كما سنرى — عن طبيعة الحقوق المعنوية .

٢٤٥ — معيار الحقوق الذهنية

إذا كان القانون يشمل الحقوق الذهنية بحمايته ، فيجب الوقوف على معيار هذه الحقوق لتحديد أصحابها المستفيدين من هذه الحماية وهم من يتوافر فيهم وصف « المؤلف » . والواقع أن المقصود بالمؤلف معنى أوسع بكثير من مجرد المعنى الضيق له المنحصر في كل شخص يعبر عن آرائه ويبسطها في كتاب ، فهو يعني كل شخص ينتج انتاجا ذهنيا أو خلقا فكريا أيا كان نوعه وطريقة التعبير عنه ما دام هذا الانتاج أو الخلق ينطوي على قدر معين من الابتكار . ولذلك فعنصر الابتكار هو المعيار الأساسي للحقوق الذهنية أو حقوق المؤلف . وهذا ما عناه المشرع المصري في قانون « حماية حق المؤلف » بنصه على أنه « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة (م ١/١) » .

وليس المقصود بالابتكار هو اختراع أفكار وآراء غير معروفة من

(١) انظر خلاصة ، فيما يميز حقوق المؤلف عن الحقوق المتعلقة بالعملاء من خصائص ذاتية :

قبل — فالافكار والآراء كثيرا ما تكون مطروقة ومعروفة ومتداولة بين الناس على اختلاف الزمان والمكان — وانما المقصود بالابتكار أن يتميز الانتاج الفكرى أو الخلق الذهنى بطابع معين يبرز شخصية معينة لصاحبه (١) ، سواء فى جوهر الفكرة المعروضة ، أو فى مجرد طريقة العرض أو التعبير أو الترتيب أو التنبؤ أو الأسلوب .

وعلى ذلك ينبغى اعتبار المترجم الذى يقوم بترجمة مصنف من المصنفات من لغته الاصلية الى لغة أخرى مؤلفا بالمعنى المقصود بالحماية القانونية (٢) ما دامت ترجمته لهذا المصنف تبرز شخصيته الخاصة فى تخير اللفظ وتماكك الأسلوب والتصرف فى التعبير بما يوافق المعنى الاصلى اذا كان من شان الترجمة الحرفية للالفاظ تشويه هذا المعنى أو تحريفه . ومن باب أولى ينبغى أن تشمل الحماية من يبدل — فى سبيل نقل مصنف الى لغة أخرى — جهدا أكبر من مجرد الترجمة سواء كان ذلك بتلخيصه أو التصرف فى عرضه أو التعليق على مضمونه ، اذ فى ذلك كله ابتكار معين يستحق حماية القانون . وقد أحسن المشرع المصرى برفع كل شك قد يثور فى شان المصنفات المترجمة وما يشابهها ، فنص على شمولها بالحماية الواجبة (م ١/٣) من قانون حماية حق المؤلف (٣) .

وينبغى كذلك بسط الحماية القانونية على ما يقوم به بعض الافراد من تجميع معين لاختارات من الشعر أو النثر أو الموسيقى ، أو من تجميع للاحكام القضائية أو القوانين أو اللوائح المعمول بها ، اذا كان هذا التجميع لا يقتصر جهد الجامع فيه على مجرد عمل مادى آلى بل يتميز بما يكشف عن ابتكاره أو جهده الشخصى ، فيتميز بذوق معين فى اختيار مجموعات الاداب أو الفنون أو بترتيب معين لتعرض الاحكام أو القوانين أو اللوائح أو بتمهيد لها أو تعليق أو

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Desbois, op. cit., Nos. 5 et 6.

(٢) انظر فى ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 32-34.

تعقيب عليها (م ٤ — فقرة اخيرة) (١) .

ومتى توافر عنصر الابتكار في الانتاج أو الخلق الذهني على هذا النحو ، اعتبر صاحبه مؤلفا يتمتع بحماية القانون ، عن طريق الاعتراف له — على انتاجه أو خلقه — بحق معنوى وحق مالى على السواء (٢) ، وذلك ايا كان نوع هذا الانتاج أو الخلق الذهني ، وايا كانت قيمته من الناحية الادبية أو العلمية أو الفنية (٣) ، وايا كانت طريقة التعبير عنه بالكتابة أو اللقاء أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة (م ١ — ١ و ٢) .

٢٤٦ — اصحاب الحقوق الذهنية

اذا كان معيار الحق الذهني هو الابتكار كما رأينا ، وكان صاحبه أو المؤلف بالتالى هو المبتكر ، فواضح ان تحديد المؤلف صاحب هذا الحق يكون يسيرا اذا كان فردا واحدا . ويستخلص المشرع من نشر المصنف منسوبيا الى شخص معين — سواء بذكر اسمه على المصنف أو بأى طريقة أخرى — قرينة قانونية على اعتباره هو المؤلف صاحب الحق الذهني عليه ، وان كانت هذه القرينة غير قاطعة يجوز اقامة الدليل على عكسها (م ٢/١) . فاذا اقيم مثل هذا الدليل وتعين المؤلف الحقيقي المستتر ، ثبت له وحده دون المؤلف الظاهر المسمى صفة المؤلف وسلطات الحق الذهني .

ولكن تحديد صفة المؤلف وتعيين من له مباشرة سلطات الحق الذهني ، يحتاج الى بعض الدقة فى صورتى المصنف المشترك والمصنف الجماعى .

(١) المصنف المشترك (٤) : هو الذى يتعاون على اخراجه ويشترك فى

(١) وانظر كذلك فى نفس المعنى :
Desbois, op. cit., No. 56.

(٢) يحفز المشرع هذه الصلة الغنية بفرض جزاءات جنائية على الاعتماد على حقوق المؤلف (م ٤٧ من القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤) .

(٣) راجع فى تفصيل ذلك :
Desbois, op. cit., Nos. 50, 52, 53.

(٤) راجع فى ذلك بخاصة :
Desbois, op. cit., Nos. 170 et s.

محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٩١ . — عبد الرزاق السنهوري ، ج ٨ ، فقرات ١٦٥ — ٢٠٢ ، ص ٢٢٤ — ٢٥٦ .

ابتكاره أكثر من شخص واحد - وهنا يكون من الطبيعي اسناد الحق الذهني الى كل المشتركين - ولكن من الواضح أن اشتراكهم في ابتكار معين لا بد أن يلقي على عاتقهم التزامات متبادلة تقيد من قدره مباشرة كل منهم على حدة 'سلطات هذا الحق .

١ - فإذا كان اشتراكهم اشتراكا مختلطا لا يتميز فيه نصيب كل منهم في العمل المشترك ولا يمكن فصله عن نصيب الآخرين ، اعتبروا جميعا أصحاب الحق الذهني على المصنف المشترك ، واعتبر اشتراكهم فيه هي الاصل بالتساوى ، بحيث يجب توافر اجماعهم لمباشرة سلطات الحق الذهني والا تولى القضاء الفصل فيما يقع بينهم من خلاف (م ٢٥) . وواضح أن اعتبار المشتركين جميعا أصحاب الحق الذهني بالتساوى ، مرجعه تعذر تحديده نصيب كل منهم - عند عدم الاتفاق - لاستحالة فصله وتمييزه ، وهو ما يوجب كذلك عدم تغليب بعضهم على البعض في مباشرة سلطات هذا الحق ورمز هذه المباشرة باتفاقاتهم الاجماعي .

٢ - أما اذا كان اشتراك كل منهم يندرج تحت نوع مختلف من الفن أو العلم مما يتيح تمييز نصيب كل منهم وفصله عن نصيب الآخرين ، فواضح أنه يجب الاعتراف لكل منهم على حدة بحقه الذهني على نصيبه المتميز ، بحيث يكون له في الاصل - الا اذا وجد اتفاق مخالف - الحق في الافراد باستغلال الجزء الذي ساهم به على حدة . ولكن مباشرة حقه على هذا الجزء باستغلاله خاصة ، لابد وأن تقتيد باحترام المصنف المشترك والغاية المشتركة من ابتكاره واخراجه على هذا النحو الذي تتأزر فيه جهود المؤلفين المشتركين، ولذلك يجب أن لا يكون من شأن استغلال هذا الجزء منفصلا الاضرار باستغلال المصنف الاصلى المشترك (م ٢٦) .

والاصل أن ثبوت الحق الذهني لكل من المؤلفين المشتركين على الجزء المتميز الذي ساهم به في المصنف لا يعطيه حقا استثنائيا على المصنف المشترك في مجموعة ، بل يثبت الحق الذهني على مجموع هذا المصنف لجميع

الشركاء دون تمييز أو تفضيل مما يتطلب اتفاقهم الاجماعى فى شأن مباشرة سلطات هذا الحق على هذا المجموع . ومع ذلك ، فلا يلتزم المشرع دائما هذا الاصل ، بل يخرج عليه فى بعض الحالات ، فيمكن مؤلف الشطر الاساسى من الانفراد بمباشرة الحق الذهنى على مجموع المصنف المشترك دون حاجة الى موافقة مؤلف الشطر الثانى (م ٢٩ و ٣٠ و ٣٢) (١) .

(٢) **المصنف الجماعى** (٢) هو المصنف الذى يشترك فى وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعى أو معنوى يتكفل بنشره تحت ادارته ويأسسه ، ويندمج عمل المشتركين فيه فى الهدف العام الذى قصد اليه هذا الشخص الطبيعى أو المعنوى ، بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة (م ٢٧ / ١) . فلا يكفي ، لاعتبار المصنف جماعيا ، تضافر جهود جماعة من الافراد على وضع مصنف ما ، والا وجب اعتباره مصنفا مشتركا . بل ينبغى — فضلا عن ذلك — ان يكون وضعهم لهذا المصنف بأمر أو توجيه شخص آخر طبيعى أو معنوى بحيث يتم وضعه فى الاصل لحسابه ويندمج عمل المساهمين فى وضعه فيما يقصد اليه هذا الشخص بذلك من هدف ، وان لا يمكن تمييز نصيب كل مساهم وقدر اسهامه فى هذا المصنف عن نصيب الباقين . ومن امثلة المصنفات الجماعية المصنفات التى توجه الدولة الى وضعها تحقيقا لغرض معين نفرا من موظفيها أو غيرهم من المتخصصين فى علم أو فن معين ، بحيث ينشر باسمها لا باسمهم ويستحيل تمييز نصيب كل منهم على حدة .

والاصل أنه ينبغى الاعتراف بوصف المؤلف صاحب الحق الذهنى للافراد الذين تأزروا على وضع المصنف وحدهم لانه من خلقهم وابتكارهم ، للشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجههم الى وضعه دون أن يقدم فى ذلك أية مساهمة فكرية أو ذهنية . بل انهم لا يملكون النزول له عن حقوقهم المعنوية فى

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٤١ و ٦٤٢ .

(٢) راجع فى ذلك خاصة :

Desbois, op. cit., Nos. 153 - 168.

محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٩٢ .

الابتكار (١) وفي أبوة المصنف نظرا لاتصالها الوثيق بشخصيتهم وخروجها بالتالى عن دائرة التعامل . ورغم ذلك فقد خرج المشرع المصرى على هذا الاصل واعترف بوصف المؤلف لمن وجه الى وضع المصنف الجماعى لا لمن قاموا فعلا بوضعه وابتكاره (م ٢٧/٢) . ويجب أن يؤخذ هذا الحكم على أنه استثناء محض مقام على أساس الافتراض ، بقصد تفادى ما ينشأ من صعوبات عن تدخل المؤلفين الحقيقيين الاصليين مما قد يتهدد الهدف المقصود من التوجيه الى وضع مثل هذا المصنف الجماعى (٢) . ولكن يظل الشك محيطا بقيمة هذا الافتراض كوسيلة لحماية هذا الهدف (٣) .

٢٤٧ — طبيعة الحقوق الذهنية

ذهب الفقه والقضاء أول الامر الى تكيف الحقوق الذهنية باعتبارها حقوقا عينية والى وصفها بأنها حقوق ملكية أشياء معنوية على نسق ملكية الاشياء المادية . ولكن مثل هذا التكيف ما لبث أن انتقد انتقادا شديدا فى الفقه : فهو من ناحية : يخرج اصطلاح « الملكية عن مدلوله الفنى التقليدى كحق يرد على الاشياء المادية وحدها . وهو ، من ناحية ثانية، يتعارض مع خصيصة التأييد والدوام الملازمة لحق الملكية ، ذلك أن احتكار الاستغلال الذى تخوله الحقوق الواردة على خلق ذهنى أو فكرى انما هو احتكار مؤقت بمدّة معلومة يحددها القانون . وهو أخيرا لا يتفق مع الطبيعة المالية الخالصة الثابتة لحق ملكية الاشياء المادية ، ففى الحقوق الذهنية جانب معنوى غير مالى يتصل أوثق الاتصال بشخصية صاحب الخلق أو النتاج الفكرى مما ينعكس اثره انعكاسا ظاهرا على استغلال هذا الخلق أو النتاج استغلالا ماليا (٤) .

(١) ولكم يملكون على العكس النزول له من حقوقهم المالية فى احتكار استغلال المصنف .

(٢) فى هذا المعنى : Debois, op. cit., No. 168

(٣) كتابنا سلف الذكر ص ٦٤٤ ، وانظر كذلك فى انتقاد هذا النم : محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٩٢ ، ص ٥٤٧ ، ٥٤٨ .

(٤) انظر ، بصفة خاصة ، فى بسط الانتقادات التى ترد على تكيف الحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية :

Desbois, op. cit., Nos. 232, 233. — Roubier, op. cit., t. I, No. 21.

من أجل ذلك ، انصرف الفقه المعاصر فى مجموعة عن تكييف الحقوق
الذهنية بانها حقوق ملكية (١) ، واتجه الى تكييفها بانها حقوق من نوع خاص
ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين حقين مختلفين : حق معنى يعبر عن أبوة
صاحبه لخلقه ونتاجه الفكرى ، وحق مالى يعبر عن احتكاره استغلال هذا الخلق
والنتاج استغلالا ماليا .

ونجد صدى هذا التطور الفقهى فى تكييف الحقوق الذهنية واضحا فى
القانون المصرى ، فبعد أن كان التقنين المدنى القديم يحتسبها من حقوق الملكية
بنص صراحة على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية
مؤلفاته حسب القانون الخاص بذلك » ، اكتفى التقنين المدنى الحالى بالنص
على أن « الحقوق التى ترد على شيء غير مادية تنظمها قوانين خاصة » .
وبذلك اظهر المشرع المصرى بجلاء اعراضه عن التكييف القديم للحقوق
الذهنية بانها حقوق ملكية أشياء معنوية . ثم جاء القانون الاخير رقم ٣٥٤
لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف ، فافصح بجلاء عن طبيعته المزدوجة
وما تعطيه للمؤلف من حق معنى وحق مالى على السواء .

من أجل ذلك ينبغى أن نعرض لكل من هذين الحقين ومدى الارتباط القائم
بينهما حتى يتأكد بذلك ما سبق أن ذكرناه من اختلاف طبيعة الحقوق الذهنية
عن طبيعة الحقوق المعنوية عموما وحق الملكية خصوصا اختلافا كبيرا لا يدع
مجالا للخلط بينهما .

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Desbois; Roubier; ibid. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. 574. — Boudant et Volrin, op. cit., t. IV, No. 161.

محمد على مرمة ، المرجع السابق ، ج ١ ، غرة ٢٧٦ . — عبد التيمم البدرأوى ، نرة
٢٢٧ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٨ ، ص ٢٧٨ — ٢٨١ .

Bonnecase, op. cit., t. V, No. 388 — Chauveau, article précité, pp. 561, 562.

اسماعيل غلام ، ص ٧٠ و ٧١ .

٢٤٨ — الحق المعنوى

يعبر هذا الحق عن الصلة الوثيقة القائمة بين النتاج الفكرى أو الخلق الذهنى وبين شخص خالقه ومبتكره أو بين المصنف وبين مؤلفه . ولذلك يخول هذا الحق للمؤلف سلطات متعددة تؤكد أبوته على مصنفه وتكفل احترام هذا المصنف بوصفه امتدادا لشخصيته . وهذه السلطات هى الآتية :

(١) **سلطة النشر** (١) : يعطى الحق المعنوى للمؤلف سلطة تقديرية بشأن نشر مصنفه (م ١/٥) ، ذلك أن هذا المصنف ليس إلا جانباً من جوانب شخصيته هو الجانب الذهنى أو الفكرى ، فيكون هو صاحب السلطة فى تقدير مدى صلاحية هذا الجانب للنشر . وبمقتضى هذه السلطة التقديرية يكون للمؤلف الحق فى الامتناع عن اخراج مصنفه وتقديمه الى الجمهور اذا وجدت اعتبارات أو مبررات تدعوه الى ذلك ، بأن قدر ضرورة هذا الامتناع للمحافظة على سمعته الادبية أو الفنية أو العلمية اذا لم يكن راضيا عن انتاجه الفكرى .

وإذا استعمل المؤلف سلطته التقديرية فقام بنشر مصنفه أو تقديمه الى الجمهور ، فالأصل أنه لا يجوز للغير — دون إذن من المؤلف ودن تعويضه — أن يقوم من جانبه بتكرار هذا النشر أو التقديم ولو بطريقة أخرى . ورغم ذلك ، يخرج المشرع على هذا الأصل فى بعض الحالات ، فيجيز فيها تكرار النشر أو تقديمه بطريقة أخرى دون إذن من المؤلف (٢) مراعاة لما يقتضيه الصالح العام من « تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى » (٣) .

(١) انظر فى ذلك بخاصة : Desbois, op. cit., Nos. 530 et s.

(٢) ومن قبيل ذلك الآثار التى تلقى فى اجتماعات أو جلسات علنية عامة كالمخاطبة فى المجالس النيابية أو المراسمات فى المحاكم (م ١٥) . وكذلك لا يحتاج الى إذن من المؤلف : التحليلات والانتباسات المأخوذة من المصنف بقصد النقد أو المناقشة أو الاخبار ، ما دامت تشير الى المصنف وإلى اسم المؤلف إذا كان معروفا (م ١٢) ، وإيقاع المصنف أو تمثيله أو الغناء فى اجتماع عائلى أو جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، ما دام لا يحصل فى نظير ذلك رسم أو مغاليل مالى (م ١/١١) . وكذلك اجاز المشرع المصرى للهيئات الرسمية المتوط بها الإذاعة اللاملكية الحق فى اذاعة المصنفات التى تعرض أو توقع فى المسارح أو فى أى مكان علم آخر دون إذن مؤلفيها أو موافقة أصحاب هذه الأماكن ، ولكن بشرط اذاعة اسم المؤلف وسوان المصنف ودفع تعويض عادل للمؤلف أو لخلفه أو لمستقل المكان الذى يذاع منه المصنف (م ٢/٣٥) .

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق المؤلف ، النشرة التشريعية ، يونيو ١٩٥٤ ، ص ١٢٢٤ .

(٢) **سلطة تعيين نسب المصنف (١) :** يعطى الحق المعنوى للمؤلف السلطة

فى أن ينسب مصنفه اليه وحده بان يقوم بنشره أو عرضه أو تقدمته للجمهور حاملا اسمه ، والسلطة فى دفع أى اعتداء على حقه فى ذلك (م ١/١٩) . وله كذلك أن ينشره باسم مستعار يختاره لنفسه أن أملت عليه اعتبارات خاصة عدم الكشف عن شخصيته الحقيقية ، بل ويكون له الحق... إذا أرا - فى نشره غير حامل لى اسم - ورغم تمام النشر أو العرض باسم مستعار أو بدون اسم ، يظل المؤلف محتفظا دائما بحقه فى الكشف عن أبوته الفكرية وانتساب مصنفه اليه فى أى وقت يشاء ، فهو حق متصل بشخصيته لا يسقط بالزول عنه أو عدم استعماله مهما طاللت المدة على ذلك .

(٣) **سلطة التعديل :** يعطى الحق المعنوى للمؤلف سلطة ادخال اية

تعديلات أو تغييرات فى مصنفه (م ١/٧) ، يراها ضرورية لتحسينه والكمال به ، أو جملة موافقا لتغير الزمن وتطور الفكر وتقدم العلم ، ويعطيه كذلك سلطة الاعتراض ومنع أى تحريف أو تغيير أو تعديل يصيب مصنفه — دون إذن منه — عند نشره أو عرضه (م ١/٩) (٢) ، بها له من حق الإبوة على هذا المصنف الذى يمثل شخصيته الفكرية وسبعته الادبية أو العلمية أو الفنية .

(٤) **سلطة السحب :** يعطى الحق المعنوى للمؤلف أخيرا السلطة فى

سحب مصنفه من التداول ووقف نشره أو عرضه أو اذاعته (droit de repentir) (٢) ، فهو خالقه ومبتكره ، فتكون له سلطة اعدامه والرجوع فيها تم من تقدمته الى الجمهور . والواقع أن الاعتبارات

(١) راجع فى ذلك بخامة :

Desbois, op. cit., Nos. 591 - 603.

(٢) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 581, 565 - 590.

ولكن مراعاة ما قد تقتضيه الترجمة من بعض الحذف والتخير ، جمعت المشرع المصرى برخص فى اجرائه بشرط الإشارة اليه وعدم الاضرار بسمة المؤلف أو قدره الفكرى (م ٢ / ٩) .

(٣) راجع فى تفصيل ذلك :

DDesbois, op. cit., Nos. 550 - 564.

التي قد تحدد المؤلف الى اصدار ما يشبه الحكم بالاعدام على مصنفه كثيرة متعددة . فقد يبدو المصنف أمام تقدم الفكر وال المدنية تافها لا قيمة له مما تتأثر معه سمعة المؤلف الادبية او الفنية اذا استمر تداوله بين الجمهور . وقد يكون المصنف معبرا عن مرحلة من المراحل الاولى لتفكير المؤلف وشبابه بما قد تتضمنه من اندفاع او تهور وهجم على بعض القيم المسلمة في المجتمع، فيرى المؤلف — صيانة لسمعته الادبية او الفنية او استجابة لما يفرضه عليه تقدم العمر من رزانة وحكمة — أن يسحب من التداول ما قد يكون باقيا من نماذج المصنف .

٢٤٩ — الحق المالى (١)

يعبر هذا الحق عن الصلة المالية القائمة بين المؤلف صاحب الحق الذهني وبين مصنفه أو اثره الادبى أو العلمى أو الفنى . فمن العدل اعطاء كل صاحب خلق ذهني أو انتاج فكرى فرصة الافادة ماليا من هذا الخلق أو ذلك الانتاج ، عن طريق تمكينه من الاستئثار بثمرات عرضه وتقديمه الى الجمهور . فهذا الحق انما يعطى للمؤلف على مصنفه احتكار استغلاله *monopole d'exploitation* بما يعود عليه من منفعة أو ربح مالى .

واستغلال المصنف قد يقوم به المؤلف نفسه . وقد يقوم به الغير الذى ينزل له المؤلف عن حقه فى الاستغلال لقاء مبلغ من المال يقدر عادة بنسبة مئوية سن ارباح الاستغلال أو قيمة المبيعات ، ويدفع اما جملة واحدة واما على اقساط طوال مدة معلومة أو يقدر بطريقة جزافية .

ويستوى فى استغلال المصنف استغلالا ماليا أن يكون ذلك عن طريق نقله الى الجمهور مباشرة (٢) أو غير مباشرة (٣) .

(١) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 264 et s.

(٢) يكون النقل المباشر بال تلاوة العلنية أو التوزيع الموسيقى أو التمثيل المسرحى أو العرض العلنى أو الإذاعة اللاسلكية أو العرض بواسطة الفانوس السحرى أو السينما (٦/أولا) .
(٣) يكون النقل غير المباشر بنسخ صور أو عمل نماذج متماثلة من المصنف توضع فى متناول =

وقد يتم استغلال المصنف عن طريق ترجمته الى لغة أخرى (١) . ويكون المؤلف وحده الحق في ذلك ، ولا يجوز لغيره في الاصل أن يباشر شيئاً من ذلك الا باذن كتابي منه أو ممن يخلفه .

٢٥٠ — آثار التمييز بين الحق المعنوي والحق المالى

قلنا ان حق المؤلف أو الحق الذهني بوجه عام يتكشف عن حقين متميزين : حق معنوي من ناحية ، وحق مالى من ناحية أخرى . وهذان الحقان المتقابلان متصلان مرتبطان ، وان كنا مختلفين اختلافًا جوهرياً في طبيعتهما ، مما ينعكس أثره على ما يخولان من سلطات ومكانات . وتاصيل التفرقة بينهما مرده الى أن الحق المعنوي انما يعبر عن الجانب الفكري لشخصية صاحب الحق الذهني أو المؤلف ، بينما يعبر الحق المالى عن الجانب المادى لاستغلال المصنف أو الاثر الذهني بما يعود على صاحبه من منفعة أو ثمرة مالية . ومن هنا ، كان الحق المعنوي — باعتباره حق أبوة على نتاج فكري معين — حقا من حقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية (٢) ، وهو على هذا النحو لا يقوم بمال ، فيندرج في سلك الحقوق غير المالية . بينما كان الحق المالى — باعتباره حق احتكار استغلال لآثر ذهني معين — حقا من الحقوق المالية يندرج في

= الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافي أو السب في قوالب أو بلمة طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافي أو السينمائي (م ٦ / ثانيا) .

(١) ولكن مباشرة الاستغلال عن هذا الطريق يرد عليها — فيما يتعلق بترجمة المصنفات الاجنبية الى اللغة العربية — قيد خطير في القانون المصري ، اذ يرفع المشرع عنها الحماية اذا لم يتم بها المؤلف أو يكمن بها في بحر خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الاصلى أو المترجم (م ٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) ، وذلك رعاية لمصلحة البلاد كيلا تحرم من ثمار الفكر الانساني في الابهام الاخرى لمدة طويلة . ولكن تقصر المدة الى هذا الحد محل للانتقاد (انظر كتابنا اصول القانون ، هلبس «١» ص ٦٥٤) .

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٣٤ .

ولكن اذا كان لايجوز الحجز على حق المؤلف ، فيجوز الحجز على نسخ المصنف الذي تم نشره

سلوكها الى جوار الحقوق العينية والحقوق الشخصية . والبصر بهذا الاختلاف الجوهرى بين طبيعة كل من الحقين ، يجلو لنا ما يرتبه كل منهما من نتائج وآثار متفاوتة عن الآخر نعرضها فيما يلى :

(١) الحق المعنوى — باعتباره من حقوق الشخصية غير المالية — يتمتع التعامل فيه بنقله أو النزول عنه (م ٣٨) أو الحجز عليه (م ١٠) (١) . فهو حق مرتبط بشخصية المؤلف ، وبذلك يكتسب من وراء هذا الارتباط صفات الشخصية نفسها ، ولا يدخل فى عناصر الزمة المالية .

(٢) يترتب على قابلية الحق المالى — دون الحق المعنوى — للتعامل والتصرف فيه ، ان الحق الذهنى أو حق المؤلف لا يكون لوجهيه دائما نفس صاحب . فاذا نزل المؤلف عن حقه المالى فى احتكار استغلال مصنفه ، فيبقى له دائما على هذا المصنف حقه المعنوى الذى لا يملك النزول عنه . وبذلك يتوزع حق المؤلف حينئذ على صاحبين : صاحب للحق المالى هو المتنازل له عن احتكار استغلال المصنف . وصاحب للحق المعنوى هو دائما المؤلف مبتكر هذا المصنف .

والتصرف فى الحق المالى قد يكون على سبيل العوض أو التبرع ، وقد يكون نهائيا أو مؤقتا يعود من بعد الى المؤلف ، وقد يكون منجزا حال حياة المؤلف أو مضافا الى ما بعد الموت بالوصية (٢) ، وقد يكون شاملا أو قاصرا على بعض طرق الاستغلال أو على قدره أو مكانه ، مما يوجب تحديده على نحو قاطع للشك . ولذلك يشترط المشرع لتمام التصرف أن يكون مكتوبا ، وهذا شرط انعقاد لا شرط اثبات ، وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محلا للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه (م ٢/٣٧) . ولكن يعتبر باطلا تصرف

(١) انظر سابقا ، ص ٤٣٦ .

(٢) وقد اعنى المشرع المصرى المؤلف من التقيد بأحكام الوصية فى شأن القدر الجائز الإيصاء به ، فيجوز له الإيصاء بحق الاستغلال المالى دون تقيد بهذا القدر وحتى لو كان هذا الحق هو كل تركته (م ٢٨ / ٢) . انظر فى ذلك كتابنا سالف الفكر ، ص ٦٥٦ ، — عبد الرزاق السنهورى ، ج ٨ ، فقرة ٢٢٨ .

المؤلف في مجموع انتاجه الفكرى المستقبل (م ٤٠) ، وذلك حماية للجانب الفكرى لشخصيته ومنعا من تقييده مقدما تقييدا ابديا .

ولا يعنى التصرف فى نسخة من المصنف التصرف فى الاستغلال المالى لذات المصنف ، وانما يقتصر حق التصرف اليه على النسخة المادية او النموذج المادى للتصرف لا على ما يتضمنه هذا الجسم المادى من خلق فكرى او ذهنى . ولذلك يمتنع على المصنف اليه مباشرة حق الاستغلال المالى باية صورة من الصور كاستخراج نسخ او نماذج متماثلة ينشرها او يبيعها للجمهور ، لان هذا الحق لا يزال ثابتا للمؤلف لعدم ورود التصرف والتنازل عليه (١) .

(٢) مادام الحق المعنوى يعتبر انعكاسا لشخصية المؤلف ، فيبقى دائما للمؤلف ، بما له من ابهة فكرية على مصنفه ورغم نزوله عن حقه المالى فى استغلاله ، سلطة كبيرة مهيمنة على سلطة الاستغلال المالى . فله الاعتراض والمطالبة بمنع المستغل من أى تعديل أو تبديل فى المصنف يضر بسمعته الفكرية . وله كذلك اذا شاء الامتناع عن تسليم المصنف الى المتنازل له عن الاستغلال المالى ، بل وسلطة وقف هذا الاستغلال المالى بعد بدئه باقتضاء سحب المصنف من التداول ، وسلطة ادخال تعديلات جوهرية عليه .

ومثل هذه السلطات التى يعطيها الحق المعنوى للمؤلف تكون ذات نتائج خطيرة على الحق المالى الذى انتقل الى المتنازل له عن الاستغلال . ولذلك فان تخويل هذه السلطات للمؤلف ، لا يجب أن يعفيه من المسؤولية عن الاضرار التى قد يسببها للمتنازل له عن الاستغلال نتيجة استعماله لها . فضلا عن أن الواقع أن هذا الاستعمال دون مبرر قوى يستند الى اعتبارات خاصة بالمصنف ذاته وما يتضمنه من قيم فكرية معينة ، أو بشخصية المؤلف وسمعته الادبية أو

(١) وقد أطلق المشرع المصرى هذا الحكم ، حتى ولو كانت النسخة محل التصرف هى النسخة الاصلية الوحيدة ، اذ نص على أنه « لا يترتب على التصرف فى النسخة الاصلية من المصنف ايا كان نوعه نقل حتى المؤلف » . ولكنه نص كذلك على أنه « لا يجوز الزام من انتقلت اليه ملكية هذه النسخة بأن يكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها ، وذلك كله ما لم يتنى على غير ذلك » (م ٤١) . لذلك يحسن بالمؤلف عند التصرف فى النسخة الاصلية أن يحتفظ لنفسه بحق الاستغلال المالى .

الفنية، يعتبر استعمالا تعسفيا غير مشروع من جانب المؤلف صاحب الحق المعنوى،
يجب على القضاء حماية المستغل منه (١) .

غير أنه فيما يتعلق بسلطة سحب المصنف من التداول وكذلك بسلطة ادخال
تعديلات جوهرية عليه ، جعل المشرع المصرى هذا السحب أو التعديل منوطا
بموافقة القاضى اذا تحقق من طروء اسباب خطيرة تبرر ذلك ، وعلى ان
يلزم المؤلف بدفع تعويض عادل معجل (٢) الى المستغل (م ٤٢) .

(٤) يعتبر الحق المالى — باعتباره ذا صفة مالية محضة — عنصرا من
عناصر الذمة المالية وينتقل بالوفاة الى الورثة . غير أن مثل هذا الحق ليس
بالحق المؤبد ، بل هو حق مؤقت ينقضى بفوات مدة معينة يحددها القانون ،
بحيث لا يصبح استغلال المصنف ماليا بعد فواتها احتكارا لاحد ، اذ يعتبر
حينئذ من التراث الفكرى العام المشاع بين الجميع . ولهذا نص المشرع المصرى
على انقضاء حقوق الاستغلال المالى بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف (م
٢٠ / ١) (٢) ، او على وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين فى تأليف نفس
المصنف (م ٢٠ - ٢) . أو بمضى خمسين سنة على تاريخ النشر اذا كان
صاحب الحق شخصا معنويا (م ٢٠ - ٣) أو اذا كان المصنف منشورا غفلا من
اسم المؤلف أو باسم مستعار ولم يكشف المؤلف خلال هذه المدة عن
شخصيته (م ٢١) .

والواقع أن طبيعة الحق المالى فى استغلال المصنف تقضى بجعله موقوتا .
ذلك ان الاصل أن المصنف معد للجمهور وموجه اليه ، بحيث يكون مصيره فى
نهاية الامر أن يسقط كما يقال فى الملك العام وينضاف الى التراث الفكرى الانسانى

(١) انظر فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 164. — Notre thèse précitée,
pp. 166 - 168.

(٢) انظر فى انتقاد اشتراط دفع التعويض مقدما :

محمد على عرفة ، ج ١ ، فقرة ٣٨٨ ، ص ٥٣١ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٥٩ .

(٣) ولكن تنقص المادة الى خمس عشرة سنة بالنسبة للصنفات الفوتوغرافية والسينمائية
التي لا تكون مصطبغة بطابع انشائى واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا (م ٢٠ / ١)

المتجمع على مر الاجيال . فلا يكون اعطاء المؤلف احتكار استغلاله اذن الا من قبيل تمكنه من الحصول على ما يكافئ جهده الذهني ، وهو ما يتحقق عادة في ظرف مدة معينة .

اما الحق المعنوي ، فهو حق مؤبد لا ينفضي بمضى مدة معينة ، بل يظل ثابتا للمؤلف طوال حياته ، ثم ينتقل عنه الى ورثته بوفاته . غير أن الورثة لا يتلقون هذا الحق كاملا كما كان لمورثهم ، بل يتلقونه في الاصل في جوانبه السلبية دون جوانبه الايجابية . فيتلقونه ناقصا قاصرا على مجرد المحافظة على سمعة المورث الفكرية ، بالدفاع عن احترام نسبة المصنف الى المؤلف واحترام مضمون المصنف ، وذلك برقابة استمرار نشر المصنف أو عرضه كما تركه المؤلف عند وفاته حاملا اسمه أو الاسم المستعار الذي اختاره ويمن تحريف أو تشويه (١) . فيقتصر مركز الورثة اذن على مركز الحارس لتراث مورثهم الفكري (٢) ، ويبقى لهم هذا المركز على الدوام رغم انقضاء الحق المالي بمضى المدة القانونية المقررة له .

اما الجوانب الايجابية للحق المعنوي ، وهي تقرير نشر المصنف ابتداء وتناوله بالتغيير والتعديل وسحبه من التداول ، فلا تنتقل في الاصل الى الورثة ، اذ هي لصيقة بشخصية المؤلف وحده باعتباره خالق المصنف ومبتكره وصاحب الابوة الفكرية عليه . ولكن هذا الاصل ليس مطلقا في القانون المصري اذ تثبت للورثة سلطة تقرير نشر المصنف اذا مات المؤلف قبل هذا التقرير (م ١٩ — ١) وهو ما يفترض عدم ايصاله بمنع النشر (٣) ، ويمكن تبرير ذلك على اساس استخلاص اتجاه ارادة المؤلف الضمنية الى النشر من سكوته عن

(١) راجع في ذلك بصفة خلسة :

Desbois, op. cit., Nos. 623 - 628.

Desbois, op. cit., No. 625. (٢)

(٣) من الواضح أن المؤلف اذا كان قد اوصى بتأجيل النشر وحدد له موعدا معيناً ، فيجب على الورثة تنفيذ ما اوصى به (م ١٩ / ٢) .

الإيضاء بمنعه وقيلام الورثة حينئذ بتنفيذ هذه الإرادة (١) . وثبتت للورثة كذلك سلطة التعديل أو التغيير في المصنف (م ١٩ — ٢) (٢) ، ولكن هذا الحكم محل للنظر (٣) ، باعتبار أن هذه السلطة لصيقة بشخصية المؤلف باعتباره الاب الفكري للمصنف والقادر وحده على التصرف في مضمونه (٤) .

(١) احتياطا لما قد يحدث من أحجام ورثة المؤلف من النشر في هذه الحالة ، وتحقيقا للمصالح العام بعدم غير المصنفات الضيقة وحجبها من الجمهور ، يرخس المشرع المصري لتوزيع التربية والتعليم في الطول محل الورثة في النشر بعد انذارهم واستصدار أمر من المحكمة بذلك ، ولكن مع تمويضهم تمويضا عادلا (م ٢٢) .

(٢) تارن مع ذلك :

عبد الرزاق السنهوري ، ج ٨ ، فقرة ٢٤١ .

(٣) انظر كتابنا سالف الذكر ، متن ص ٦٦٢ ، وعالمش «١» ص ٦٦٢ و ٦٦٤ .

(٤) ولكن لا اعتراض اذا كان المؤلف قد خول قبل وفاته شخصا معيناً — من الورثة أو من غيرهم — سلطة اجراء التعديل والتغيير في المصنف .

الفصل الرابع

الذمة المالية (١)

Le Patrimoine

٢٥١ — تعريف الذمة المالية ، والخلاف حول تأصيلها

يقصد باصطلاح «الذمة المالية» ، في الفقه السائد ، التعبير عن مجموعها للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . وبذلك تتكون الذمة من جانبين : جانب ايجابي (L'actif) هو مجموع حقوق الشخص المالية ، وجانب سلبي (Le passif) هو مجموع التزامات الشخص المالية . ويقدر ما تزيد حقوق الشخص المالية على التزاماته تعتبر ذمته دائنة ، ويقدر ما تزيد التزاماته المالية على حقوقه تعتبر ذمته مدينة .

والذمة المالية — كما يدل عليه اسمها — لا تتكون في جانبها الايجابي والسلبي الا من حقوق الشخص والتزاماته المالية وحدها (١) ، فلا يدخل في

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Aubry et Rau, op. cit., t. IX, Nos. 573-583. — Mevorach, Le patrimoine, Revue trimestrielle de droit civil, 1936, pp. 811-825. — Ismail Ghanem, Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1951. Imp. Le Caire, 1957.

اسماعيل غنم ، المرجع السابق ، ص ١٠٢ — ١٢٣ — كتابنا في أحكام حق الملكية ، فقرات ٥ — ١٠ ، ص ١٢ — ٣٢ .

(٢) قارن مع ذلك :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 292.

الجانب الايجابى للذمة أى حق غير مالى للشخص (١) ، ولا يدخل فى الجانب السلبى لها أى واجب غير مالى عليه (٢) .

وقد كان تاسيس فكرة الذمة المالية وتاميلها محل جدل كبير فى الفقه ، نرى صداه فى ظهور نظريتين متقابلتين فى هذا الصدد : نظرية تقليدية ظلت لها السيادة فى الفقه الفرنسى طوال القرن الماضى وهى المعروفة بنظرية الشخصية (Théorie de la personnalité) ، ونظرية حديثة راجت فى الفقه الالماني خاصة ، وهى المعروفة بطريقة التخصيص (Théorie de l'affection) فنعرض فيما يلى لهاتين النظريتين ، لنرى من بعد موقف الفقه الحديث منهما ونظيرته اليوم الى جوهر الذمة المالية واهميتها العملية .

٢٥٢ — نظرية الشخصية

تنسب هذه النظرية الى الفقيهين الفرنسيين « اوبرى » (Aubry) و « روى » (Rau) . وهى تقوم على اساس ارتباط الذمة المالية بالشخصية وانبعائها منها (٣) . فالذمة اذن هى احدى خصائص الشخصية ، بل هى الشخصية ، ذاتها منظورا اليها من جانبها المالى . ولم يكن بد — وهذا الاساس هو نقطة الابتداء — من أن تخلع هذه النظرية على الذمة المالية صفات الشخصية كاملة فتقرب عليها النتائج الاتية :

(١) لكل شخص ذمة مالية : ما دامت الذمة المالية مرتبطة أو مندمجة فى الشخصية ، أو ما دامت — بعبارة أخرى — هى الجانب المالى للشخصية ، فمن الحتم أن يكون لكل شخص ذمة مالية . فلا يعلق وجود الذمة المالية اذن على ضرورة وجود حقوق مالية ثابتة للشخص أو التزامات مالية واقعة عليه فى وقت معين . فالمطلل اللقيط العارى مثلا ، وهو مجرد من كل حق أو التزام

(١) و (٢) كحق الانسان على اسمه ، أو الحق الممنوع للمؤلف على مسنده ، وكلاهما واجب السلبى العام الواقع على الكفة باحترام الحقوق . ولكن الاعتداء على مثل هذه الحقوق أو خرق مثل هذا الواجب ، يولد التزاما ماليا بالتعويض يعقل ذمة المعتدى كمنصر سلبى ولية المعتدى عليه كمنصر ايجابى .

Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 573. (٣)

مالى ثابت له او عليه ، تكون له ذمة مالية .

(٢) لكل ذمة مالية شخص تستند اليه : ما دامت الذمة المالية هي الشخصية في مظهرها المالى ، فلا يتصور وجود ذمة لا تستند الى شخص ، سواء كان شخصا طبيعيا . او شخصا اعتباريا . ولكنها لا تثبت فيما وراء ذلك لاحد ايا كان ، فلا تثبت لحيوان او جهاد ، ولا لجماعات من الاشخاص او مجموعات من الاموال لا تتوافر لها الشخصية المعنوية او الاعتبارية .

(٣) الذمة المالية واحدة لا تتعدد او تتجزأ : ما دامت الذمة المالية هي الشخصية ذاتها في مظهرها المالى ، فهي اذن — كالشخصية — واحدة لاتتعدد او تتجزأ . ولا يطمئن في وحدة الذمة المالية للشخص — عند انصار هذه النظرية — أن تخضع بعض عناصرها لنظام قانونى مختلف عن النظام القانونى الذى تخضع له الذمة في مجموعها . اذ لا يعدو ذلك عندهم أن يكون محض استثناء تحته اعتبارات خاصة (١) .

(٤) الذمة المالية وحدة او مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر المكونة لها: مادامت الذمة المالية هي الشخصية نفسها في مظهرها المالى ، ومادامت الشخصية هي مجرد صلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فان الذمة لا تكون اذن مجموعة فعلية ثابتة من الحقوق والالتزامات المالية ، بل مجموعة احتمالية لما يوجد للشخص في الحاضر وما قد يوجد له في المستقبل من هذه الحقوق وتلك الالتزامات . ومن هنا ، كانت الذمة تمثل تصورا قانونيا مجردا يعبر عن وحدة او مجموعة مستقلة ومنفصلة عن العناصر المكونة لها (٢) ، بحيث لا يتأثر وجودها بوجود هذه العناصر أو بأى تغيير أو تعديل يطرأ عليها . وبذلك تكون الذمة — فيما يقال — كالوعاء مستقل في وجوده عن وجود محتوياته ، فهو

Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 574. (١)

Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 573, pp. 333, 334 (٢)

يوجد في ذاته ولو خلا يوماً من محتوياته ، ويظل موجوداً ليلتقي ما قد يدخل فيه مستقبلاً من محتويات ولما قد تتعرض له هذه المحتويات من تبديل وتغيير . وما دامت الذمة المالية تكون وحدة قانونية مجردة مستقلة في وجودها عن وجود العناصر الداخلة فيها ، فلا يتصور التصرف في الذمة أو النزول عنها كوجوده ، وإنما يتصور التصرف أو النزول وارداً على ما يوجد من عناصرها في وقت معين دون أن يمس ذلك وجود الذمة نفسها (١) . هذه نتيجة حتمية لتصور الذمة على أنها هي الشخصية ذاتها في مظهرها المالي ، اذ كما يستحيل التصرف في الشخصية أو النزول عنها ، فكذلك يستحيل التصرف أو النزول من الذمة المالية كوحدة قانونية .

ولكن اذا كانت حقوق الشخص والتزاماته تنتقل الى الورثة بوفاته ، فليس معنى ذلك انتقال ذمته اليهم — فالذمة لا تنتقل من شخص الى آخر — وإنما معناه امتداد شخصية المورث واستمرار بقائها في اشخاص الورثة (٢) .

٢٥٢ — نظرية التخصيص (٣)

ترجع هذه النظرية الى بعض فقهاء الالمان خاصة ، الذين أرادوا هدم النظرية التقليدية بماقامت عليه من أساس اندماج الذمة المالية في الشخصية ، وما استتبعه هذا الأساس من نتائج غير مقبولة .

من اجل ذلك راوا ان الذمة المالية لا تكون مجموعة او كتلة متماسكة من الحقوق والالتزامات المالية بسبب ثبوتها لشخص معين ، وإنما بسبب تخصيصها لفرض معين ذي قيمة جديرة بالحماية . ولذلك فالعبرة في وجود الذمة المالية ليس بوجود شخص تسند اليه ، وإنما بوجود غرض تتخصص

Aubry et Rau, op. cit., No. 577 (١)

Aubry et Rau, op. cit., Nos. 582, 583 (٢)

(٣) انظر في مرشح هذه النظرية خلسة :

Michoud, La théorie de la personnalité morale, 3e éd. t. I, No. 17. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 22. — Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., p. 477, 478.

به ، ومن هنا ، نكلما وجدت حقوق والتزامات مالية يجمعها الاستناد الى غرض معين ، أمكن القول بوجود ذمة مالية دون حاجة الى استلزام وجود شخص معين تستند اليه .

ونظرية التخصيص هذه ، قد أراد دعايتها من ورائها الاستغناء بفكرة الذمة القائمة على التخصيص عن فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية التي يعدها مجرد افتراض بحث مخالف للواقع ، وحيلة مصطنعة بخاصة لامكان الاعتراف لمجموعات من الاشخاص (كالجمعيات والشركات) أو الاموال (كالاوراق والمؤسسات) بذمة خاصة بها مستقلة عن ذمة كل عضو من أعضائها أو كل منافع بها . اذ لا يحتاج الامر — لادراك هذه النتيجة — الى مثل هذا الافتراض أو التحايل باعطاء هذه المجموعات شخصية صناعية ، فكل من هذه المجموعات من الاشخاص أو الاموال تفترض وجود حقوق والتزامات مالية يجمعها التخصيص لغرض واحد ، أى تفترض وجود ذمة مالية قائمة بذاتها ومستقلة عن غيرها دون استناد الى شخص معين . وتقرتب على هذه النظرية نتائج نذكر اهمها ما يلى :

(١) وجود الذمة دون شخص : ليس من المحتم وجود شخص تستند اليه الذمة المالية ، فالذمة توجد ولو لم يوجد شخص اذا وجدت مجموعة من الحقوق أو الالتزامات المالية خاصة بنفس الغرض . وهذا يغنى عند اصحاب هذه النظرية — كما سبق البيان — عن فكرة الشخصية المعنوية التي تعتبر عندهم مجرد حيلة صناعية بعتة للاعتراف للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية بذمة مالية مستقلة .

(٢) امكان تعدد الذمة : ما دامت الذمة المالية غير مندمجة فى الشخصية وانما قائمة على وحدة التخصيص بين عناصرها لغرض معين ، فليس من الحتم أن توجد للشخص ذمة مالية واحدة ، بل قد توجد له أكثر من ذمة ، فتتعدد ذممه بتعدد الأغراض التى تخصص بها مجموعات من حقوقه والتزاماته المالية . فالوراث مثلا الذى لا يكون مسؤولا عن ديون مورثه الا فى حدود

أموال التركة ، تكون له ذمتان منفصلتان مستقلتان : ذمته الأصلية ، وذمة مورثه التي آلت اليه ، بحيث تضمن حقوق كل ذمة ديونها فلا يلتزم المورث في ذمته الأصلية بسداد ديون مورثه .

(٣) إمكان انتقال الذمة : ما دامت الذمة المالية غير مستندة الى الشخصية بل الى غرض معين تتخصص به عناصرها ، فهي على هذا النحو تكون مجموعة فعلية — لا مجموعة احتمالية — من الحقوق والالتزامات المالية المخصصة بغرض معين ، فيمكن بالتبعية التصرف فيها والتزول عنها . وكذلك يمكن انتقالها بالموت الى الورثة ، دون حاجة الى ما تصطنعه نظرية الشخصية في سبيل تبرير هذا الانتقال — من افتراض بحث يخالف الواقع ، قائم على اعتبار شخصية المورث امتدادا لشخصية المورث .

٢٥٤ — تقدير النظريتين

يراعى في شأن نظرية التخصيص أنه لا يمكن التسليم بمقدمتها الاولى القائمة على إمكان قيام ذمة لا تستند الى شخص من الاشخاص . فمثل هذه الذمة لا يمكن قبولها في ظل القوانين الوضعية الحديثة التي تسلم بوجود اشخاص معنوية أو اعتبارية الى جنب الاشخاص الطبيعية ، وحيث أصبح الفقه الحديث يرى في وجود هذه الاشخاص حقيقة واقعية لا مجرد افتراض محض ، فقد قامت هذه النظرية على أساس القول بإنكار فكرة الشخصية الاعتبارية ، وقدمت فكرة الذمة المالية القائمة على التخصيص بغرض معين كبديل عنها .

فالثابت ان في القانون الحديث اليوم أن الذمة المالية لا تتصور الا مستندة الى شخص معين سواء كان هذا الشخص طبيعيا أو اعتباريا . اذ من المسلم أنه لا يكتسب الحقوق أو يتحمل بالالتزامات الا الاشخاص وحدهم ، ومن هنا ينبغى أن تكون الذمة — وهي مجموع من الحقوق والالتزامات المالية — خاصة بشخص معين . ولكن ليس معنى ذلك رفض فكرة التخصيص في ذاتها ، ففسلرى من بعد أن هذه الفكرة صالحة من وجوه معينة ولكن في حدود ما

تضمناه من ضرورة اسناد الذمة الى شخص معين . أى أن هذه الفكرة قاطرة
عن خلق ذمة غير مستندة الى شخص ، ولكنها مبالحة — اذا وجدت ذمة
لشخص معين — لتبرير اقتطاع مجموعة من عناصرها وتأليف ذمة أخرى
مستقلة لنفس الشخص (١) .

وليس يعنى ذلك أيضا رفض ما ترتبه نظرية التخصيص من نتائج معينة ،
كتعدد الذمة المالية للشخص الواحد وامكان التصرف فيها والنزول عنها بين
الاحياء ، وامكان انتقالها بالموث الى الورثة دون حاجة الى افتراض امتداد
شخصية المورث في اشخاص الورثة ، فتلك نتائج سليمة ينبغى التسليم بها في
جبلتها كما سنرى ، ولكن يمكن الوصول اليها دون حاجة الى انتهاج منطق
نظرية التخصيص — غير المقبول — من انكار ضرورة اسناد الذمة الى شخص
معين . والواقع أن اسراف النظرية التقليدية اسرافا شديدا في منطقتها من ربط
فكرة الذمة بالشخصية الى حد ادماجها فيها هو الذى دفع الى انكار تلك
النتائج بخلق كل صفات الشخصية على الذمة .

ولئن كان ينبغى التسليم بوجود استناد الذمة الى شخص ، الا أن ذلك
لا يستتبع بحال من الاحوال ضرورة اعطاء الذمة نفس صفات الشخصية ،
والا انتهى الامر — كما انتهت النظرية التقليدية فعلا — الى اعتبار الذمة هي
الشخصية نفسها في مظهرها المالى أى هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق
المالية له أو عليه ، وهو لغو لا يمكن قبوله ، اذ مادامت الذمة والشخصية شيئا
واحدا ، فقيم اذن كان اصطلاح « الذمة المالية » ، وما فائدته وليس له من
مدلول جديد (٢) ؟

فالتفرقة اذن واجبة بين الشخصية باعتبارها الصلاحية لا اكتساب الحقوق

(١) انظر بمسلة خاصة في نقد نظرية التخصيص :

Ismail Ghanem, thèse précitée, No. 5.

(٢) انظر في نقد الخلط بين الذمة والشخصية :

Beudant et Voirin, t. IV, No. 23. — Ismail Ghanem : thèse précitée, No. 62. — Mevorach, article précité, p. 816. — Planhol, Ripert et Picard, t. III, No. 17.

والتي تحمل بالالتزامات ، وبين الذمة المالية باعتبارها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . واغفال هذه التفرقة هو الذي دفع بنظرية الشخصية الى المغالاة والقول بأن لكل شخص ذمة مالية حتما . ولئن كان الغالب في العمل حقيقة أن لكل شخص ذمة ، لأنه يندر أن يوجد شخص ليست له أو عليه حقوق مالية ، إلا أنه إذا قام احتمال وجود مثل هذا الشخص ، فيكون من انكار الواقع القول بتوافر ذمة مالية له (١) .

والخلط بين الذمة والشخصية دفع بالنظرية التقليدية كذلك الى القول بأن الذمة واحدة لا تتعدد أو تتجزأ ، وأنه لا يتصور أن توجد للشخص ذمة مالية متعددة . ومثل هذا القول — كما هو ظاهر — لا يستقيم الا مع مقدمة غير مسيلة ، هي اندماج الذمة في الشخصية . ومن ثم لا يوجد عقلا ومنطقا ما يمنع من تصور تعدد الذمة . وهنا نجد فائدة التخصيص ، إذ قد تتخصص مجموعة معينة من أموال الشخص بغرض معين فتنشأ منها ذمة خاصة الى جانب ذمته العامة (٢) .

وفي قواعد القانون المصري أمثلة على تعدد الذمة المالية لدى بعض الأشخاص نتيجة تخصيص معين لبعض ما لهم من أموال (٣)

فللقاصر أهلية التصرف فيما يوضع تحت تصرفه من مال مخصص لأغراض نفقته ، ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط (م ٦١ من قانون الولاية على المال) . وكذلك فللقاصر البالغ السادسة عشرة أهلية التصرف فيما يكسبه بعمله من مال ، بشرط ألا يتعدى التزامه حدود هذا المال (م ٦٣ من القانون سالف الفكر) . ففي هاتين الحالتين ،

(١) في هذا المعنى : Mevorach, article précité, p. 817.

(٢) ولكن لا يتأني التخصيص بإرادة الأفراد وإنما القانون وحده هو الذي يقرره ، كإثابة لما يجب من نفقة والتميز في المملكات ، وينما من نفقة الضمان العام بتوزيعه بين ذمم الشخص المتعددة (انظر كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، طبع ١٩٤١ من ٢٤) .

(٣) انظر : Ismail Ghanem, thèse précitée, Nos. 87-89.

أسماعيل غنم ، ص ١١١ — ١١٢ . — شفيق شحاته ، مقالة ٦ ، ص ١٢ و ١٣ .

يكون للقاصر — فضلا عن نتمته العامة — ذمة خاصة متعلقة بأموال معينة لا يلتزم الا في حدودها وحدها .

وكذلك فمالك السفينة الحق في تركها الى اصحاب الديون الناشئة بسببها او بسبب سفرها ، يقتضون ديونهم من التنفيذ عليها وحدها هي واجرتها دون غيرها من أمواله (م ٢٠ بحرى) . وبذلك تكون السفينة ذمة مالية خاصة لملكها الى جوار ذمته العامة ، بحيث تتحدد التزاماته الخاصة بالسفينة بحدود قيمتها وقيمة اجرتها ، فلا يملك الدائنون بهذه الالتزامات التنفيذ على غير السفينة واجرتها مما يدخل في ذمته العامة من أموال .

واخيرا فللوارث في القانون المصرى — كما سنرى — ذمتان : ذمته الاصلية ، وذمة مورثه التى انتقلت اليه ، فلا يسأل الوارث عن ديون مورثه الا فى حدود ما تركه المورث من أموال ، أى لا يقوم بسداد ديون التركة من أمواله الاصلية ، فلكل من الذمتين نطاق مستقل عن نطاق الأخرى .

بقى أن يراعى أن نظرية الشخصية ، وهى ترى أن الذمة باعتبارها هى الشخصية فى مظهرها المالى لا تنتقل من شخص الى آخر ، قد اصطدمت بنظام الميراث فاضطرت — فى سبيل تبرير انتقال ذمة المورث الى الوارث بالوفاة — الى القول بأن شخصية المورث ممتدة وباقية فى شخص الوارث (١) . وظاهر ما فى هذا التبرير من اصطناع وتحايل يقوم على افتراض محض مخالف للواقع ، مما يدل على فساد القول بامتداد التصرف فى الذمة المالية وانتقالها من شخص الى آخر .

والخلاصة مما تقدم وضوح جانب المغالاة والاسراف فى كل من نظرية الشخصية (٢) ونظرية التخصيص ، الاولى بادماج الذمة فى الشخصية ادماجا كليا ، والثانية بفصل الذمة عن الشخصية .

(١) بحيث يكونان إما شخصا واحدا حين يلتزم الوارث بكل ديون المورث ، او يكون الوارث شخصين : شخصا هو امتداد لشخصية المورث ، وفخيمه الخاص به حين لا يلتزم بسداد ديون المورث الا فى حدود أموال التركة .

(٢) انظر مع ذلك فى الدفاع عن نظرية الشخصية فى الفقه المصرى : عبد الحى حجازى ، ص ٢٢٨ — ٢٣١ . — محمد سليم محكور ، نظرية الحق ، ١٩٥٤ . ص ١٢٣ — ١٢٧ . — عبد القم الجداوى ، فقرة ٢٩٤ .

٢٥٥ — جوهر فكرة الذمة المالية

يتجه الفقه الحديث في مجموعه (١) الى الإبقاء على فكرة الذمة المالية مبراة مما خلعت عليه النظرية التقليدية من صفات الشخصية وخصائصها . وبذلك أصبحت النظرة اليوم الى الذمة المالية باعتبارها وحدة قانونية مجردة لها ذاتية مستقلة ومنفصلة عن ذاتية ومفردات ما يدخل في تكوينها من حقوق والتزامات مالية ، أى باعتبارها وحدة تفنى وتلاشى فيها عناصرها .

ولكن ينبغى ان لا تصرف هذه النظرة للذمة المالية الى المعنى الذى كانت تفهمه منها نظرية الشخصية . فقد ظنت هذه النظرية ان تمتع الذمة بذاتية مستقلة عن ذاتية عناصرها ، يجعل من الذمة مجرد تصور فكري لاعلاقة له بالواقع ، بحيث يمكن أن توجد الذمة حتى ولو كانت خالية من كل عنصر ايجابى أو سلبى . وليس مثل هذا الفهم لا استقلال ذاتية الذمة عن ذاتية عناصرها ، الا صدى للخلط بين الذمة والشخصية ، وهو خلط شائع عند أصحاب نظرية الشخصية كما أوضحنا ، ويكاد يلفى أى معنى لوجود فكرة الذمة اذ ينقلب مدلولها من مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ، الى صلاحية الشخص لا كتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المالية . وفرق كبير بين المجموع الذى لا يرد الا على عناصر فعلية واقعية موجودة حتى ولو كانت متغيرة ، وبين مجرد الصلاحية التى تعتبر صفة قائمة مستمرة لا تتوقف على وجود عناصر فعلية ولا تتخلف بتخلفها .

فالذمة المالية اذن ينبغى أن تفهم على انها وحدة متماسكة مترابطة من الحقوق والالتزامات المالية المتقابلة ، بحيث تظل هذه الوحدة قائمة — ما دامت لم تخل من عناصر قط — رغم تغير ذاتية العناصر المؤلفة لها . فقد تخرج بعض العناصر من ذمة الشخص ، وقد تسخل فيها بعض عناصر جديدة — اذ حقوق

(١) انظر فى ذلك :

Beudant et Voisin, t. IV, Nos. 17, 18. — Colin, Capitant et De Morandière, t. I, No. 126. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 15.

الشخص والتزاماته المالية في تغير دائم مستمر لا تثبت على حال واحدة - دون أن ينفي ذلك وجود وحدة دائمة تنتظم مجموع حقوق هذا الشخص والتزاماته المالية المتغيرة . فالذمة إذن - وأن كان لا وجود لها بغير عناصر تكونها - لا يتأثر وجودها بتغير عناصرها المستمر . ومثل الذمة في ذلك مثل الإمة ، لا يتأثر وجودها بالتغير المستمر في ذاتية أفرادها بموت من يموت منهم وميلاد من يولد .

وهذه الوحدة التي تنتظم مجموع حقوق الشخص والتزاماته المالية في ضرب من التماسك رغم ما قد تتعرض له هذه الحقوق وتلك الالتزامات من تغير مستمر ، هي جوهر فكرة الذمة المالية ، ذلك الجوهر الذي يعبر عنه عادة بأن للذمة - كوحدة - كيانا مستقلا عن كيان وذاتية عناصرها الدائمة التغير .

٢٥٦ - أهمية الذمة المالية

ترتبط الذمة المالية ، على هذا النحو ، بين الجانب السلبي والجانب الإيجابي فيها ربطا محكما وثيقا تتضح أهميته من ناحيتين : فمن ناحية ، يعتبر الجانب الإيجابي مسئولا عن الجانب السلبي وضامنا له بحيث تكون كل ديون الشخص مضمونة دائما بكل حقوقه ، فيكون للدائنين إذن ضمان عام على جميع أموال المدين . ومن ناحية أخرى ، تنتقل الذمة بجانبها الإيجابي والسلبي الى الورثة كما تحدد مضمونها نهائيا عند الوفاة (١) . فنعرض فيما يلي بإيجاز للضمان العام للدائنين ، ثم لانتقال الذمة بالوفاة .

(١) الضمان العام للدائنين : قلنا ان الذمة المالية تكون وحدة قائمة بذاتها مستقلة عن مفردات وذاتية عناصرها . وهذا الكيان الذاتي للذمة يجعل الجانب

(١) انظر مع ذلك في انكار الحاجة الى فكرة الذمة المالية لتبرير الضمان العام للدائنين وانتقال حقوق المتوفى والتزاماته الى الورثة ، والدموة الى الاستثناء بالتالي عن هذه الفكرة : 22 - 13 Ghanem, thèse précitée, Nos. 13 - 22.

اسماعيل غنم ، ص ١١٩ - ١٢٢ .

وانظر في مناقشة هذا الاتجاه وفي الإبقاء على فكرة الذمة المالية : كتابنا بسالف الذكر في أحكام حق الملكية ، ص ٢٩ و ٣١ و ٣٢ .

الإيجابى فيها مسؤولاً عن الجانب السلبي دون تحديد لفردات كل منهما أو اعتبار لما قد يطرأ على هذه المفردات من تغيير . وبذلك يكون مجموع حقوق الشخص ضامناً لمجموع التزاماته ، بمعنى أن ضمان الدائنين لا يقع على حق أو مال معين بذاته من حقوق الدين أو أمواله ، بل يقع على الجانب الإيجابى بين ذمة الدين برمته باعتباره ذا كيان ذاتى مستقل عن ذاتية مفرداته ومحتوياته . ومن هنا يكون للدائنين حق ضمان عام (droit de gage général) على جميع أموال الدين . وهذا ما يعبر عنه المشرع المصرى بنصه على أن « أموال الدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه » (م ٢٣٤ - ١ مدنى) .

وهذا الضمان العام المقرر للدائنين ، يتفق مع طبيعة الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية . ذلك أن الدائنين أصحاب هذه الحقوق لا تكون لهم أية سلطة مباشرة على شيء أو عين معينة من أعيان الدين ، وإنما تكون لهم قدرة اقتضاء عمل معين من الدين . فإذا لم يف المدين بما عليه من التزام ، فليس معنى ذلك ضياع حقوق هؤلاء الدائنين بدعوى عدم ورودها مباشرة على عين معينة من أعيانه ، ذلك أن حقوقهم — باعتبارها داخلة فى الجانب السلبي من ذمة الدين وهذا الجانب مضمون بما يقابله فيها من جانب ايجابى — إنما تكون مضمونة الوفاء بمجموع أموال المدين كوحدة ذاتية مستقلة لا كأموال معينة بالذات ، بحيث لا يقتصر الضمان على أموال المدين الحاضرة وقت نشوء الديون بل يمتد كذلك الى أمواله المستقبلية .

غير أن هذا الضمان العام — ان كان ذا فائدة للدائنين من هذه الناحية ، وللمدين من ناحية أنه يجعل يده فى الاصل حرة التصرف فى أمواله باعتباره ضامناً لا يثقل أحد هذه الاموال بالذات وإنما يرد عليها كمجموع ذاتى مستقل — الا أنه قد يضمن الخطر للدائنين من ناحيتين : فمن ناحية ، يرد ضمان الدائنين على الجانب الإيجابى من ذمة الدين كوحدة ثابتة فى ذاتها ومتغيرة فى عناصرها ، فإذا نقصت العناصر المكونة لهذا الجانب بخروج بعضها من ذمة الدين ، فنقص بالتبعية قيمة هذا الضمان بالنسبة للدائنين . ومن ناحية ثانية يتساوى الدائنون فيما لهم من ضمان على جميع أموال

المدين (م ٢٣٤ — ٢ مدني) ، لان كل ديون المدين مضمونة بكل حقوقه . وهذه المساواة قد تعرضهم لخطر التزام على اموال المدين عند عدم كفايتها لوفاء الدين كاملة واقتسامهم اياها فيما بينهم قسمة غرماء بنسبة دين كل منهم (١) .

(٢) **انتقال الذمة المالية بالوفاة** : ما دامت الذمة تمثل وحدة قانونية يرتبط فيها الجانب الايجابي بالجانب السلبي ، فان هذا الارتباط والتماسك بين الجانبين لا ينهار بوفاة الشخص بل يظل قائما بحيث تنتقل ذمته الى الوارث بمجموع حقوقها والتزاماتها المالية على السواء ، على النحو الذي تحددت به مفرداتها نهائيا عند الوفاة ، اذ بالوفاة يمتنع طرود أى تغيير عليها بعد ذلك بالزيادة أو النقصان .

وما دامت ذمة المورث — باعتبارها وحدة تمثل مجموع حقوقه والتزاماته المالية — تنتقل بالوفاة الى الوارث ، فيقتضى ذلك اما اندماج ذمة المورث في ذمة الوارث ، واما قيام ذمة المورث الى جانب ذمة الوارث بحيث تصبح للوارث ذمتان مستقلتان : ذمته الاصلية المتعلقة به ، وذمة مورثه التي آلت اليه عن طريق الارث .

واندماج ذمة المورث في ذمة الوارث ، يجعل الوارث مسؤولا عن ديون التركة لا في اموالها فقط ولكن حتى في امواله الاصلية كذلك . وهذا هو النظام الاصلى المتبع فى القانون الفرنسى بخاصة . وقد رأينا من قبل فساد تفسيره على النحو الافتراضى الذى تقول به النظرية التقليدية من اعتبار شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث .

واما قيام ذمتين مستقلتين للوارث ، ذمته الاصلية ، وذمة مورثه التي آلت اليه بالمراث ، وهو النظام المقرر فى القانون المصرى اخذاً عن الشريعة الاسلامية ، فمن شأنه تحديد مسؤولية الوارث عن ديون التركة بقدر ما فيها

(١) يكن — كما سبق البيان — دفع هذا الخطر عن طريق ترتيب حق معنى يسمى للدائن على عين معينة بالذات من اموال المدين ، بحيث يكون له اقتضاء دينه من ثمنها بالامضائية والاولوية على غيره من الدائنين المدينين .

من اموال (١) . فتعتبر ذمة المورث التي آلت الى الوارث مكونة لوحدة مستقلة قائمة بذاتها ، يضمن الجانب الايجابى فيها الجانب السلبي كما تحددت مفردات كل منها عند الوفاة ، بحيث يقتصر ضمان ديونها على مجموع حقوقها وحده ، فلا يكون الوارث مسؤولا في ذمته وامواله الاصلية عن وفاء ديون الذمة الموروثة وبذلك تكن الذمة الموروثة ذمة مخصصة لغرض معين هو تصفية ما كان للمورث من مركز مالى آل الى الوارث بحيث لا يكون لذمة الوارث الاصلية هى مستقلة عنها — شأن بهذا الغرض .

ولا يحتاج وجود ذمتين منفصلتين للوارث على هذا النحو الى افتراض شخصيتين له كما كانت تفعل نظرية الشخصية . فهذا افتراض بحت غير مقبول ، يفنى عنه وجوب تجريد الذمة من صفات الشخصية كما رأينا ، بحيث لا يعود ثم ما يمنع من امكان انتقالها بسبب الوفاة وتعددها لنفس الشخص وهو الوارث .

والقول بوجود ذمتين منفصلتين للوارث فى القانون المصرى ، هو فيما نرى التفسير الصحيح لقاعدة « لا تركه الا بعد سداد الديون » ، المقررة فيه وفى الشريعة الاسلامية . وهذا التفسير يفضل تفسيراً آخر يذهب اليه بعض فقهاء الشريعة الاسلامية وبخاصة فقهاء الحنفية (٢) من اعتبار تركه المتوفى المدينة باقية حكما على ملكه تفريعا على اعتبار شخصيته مستمرة وممتدة افتراضا الى حين الفراغ من سداد ديونه وتصفية ذمته . اذ لا حاجة الى مثل هذا الافتراض البحت المخالف للقواعد القانونية الوضعية الحالية ، وهناك ما يغنى عنه من حقائق الواقع المتمثل فى وجود مجموعتين من الحقوق والالتزامات المالية ، لكل منهما استقلاله وكيانه الذاتى: المجموعة المتعلقة بالوارث اصلا ، والمجموعة المتعلقة بالمورث التى آلت بوفاته الى الوارث (٣) .

(١) يأخذ القانون الفرنسى كذلك بهذا النظام استثناء ، بما يجيزه للوارث من تحديد مسؤوليته من ديون مورثه عن طريق « قبول التركة بخيار الجرد » .
(Sous bénéfice d'inventaire)

(٢) انظر فى ذلك :

عمر عبد الله ، احكام الموارث فى الشريعة الاسلامية ، ١٩٥٥ ، ص ٢٠ — ٢٢ .
— محمد كليل مرسى ، الميراث وتصفية التركة ، ١٩٥١ ، فقرة ٩٤ و ٩٥ .

(٣) راجع فى ذلك :

درومنا فى مصادر الحقوق العينية الاصلية ، على الاالة الناسخة ، ١٩٦٤ ، ص ٢٢ — ٢٧

الباب الأول

صاحب الحق

Le sujet de droit (١)

٢٥٧ — صاحب الحق هو الشخص

يستند الحق الى شخص يكون صاحبا له (٢) ، بحيث يستأثر وحده — دون غيره من الاشخاص — بالتمتع بما يخوله من سلطات ومكتات . ومن هنا قام الترادف في الاصلاح القانوني بين «صاحب الحق» وبين «الشخص» (la personne) ، واصبحت « الشخصية » (La personnalité) بالنسبة الى الحق هي علامة الصلاحية لثبوته ونسبته الى صاحب معين . بل أصبحت هي كذلك علامة الصلاحية لثبوت « الالتزام » أو « الواجب » ونسبته الى صاحب معين . فالالتزام أو الواجب — كالحق — يلزمه صاحب ، وصاحب كل منهما هو الشخص .

٢٥٨ — مدلول الشخصية

إذا كان صاحب الحق — وهو ما يعني في هذا المقام — هو « الشخص » ، فينبغي تحديد مدلول « الشخص » أو مدلول « الشخصية » التي يتمتع بها هذا الصاحب . وفي هذا الصدد ينبغي توقي الخطأ بين مدلول هذا الاصطلاح

(١) يرامى أن هذا الاصطلاح الفرنسي إنما يؤخذ عند كثير من الفقهاء ، لا للدلالة على « صاحب الحق » بحسب ، وإنما للدلالة كذلك على الحمل بالالتزام المقابل للحق . انظر فيما يؤدي اليه ذلك من خطأ غير مرغوب فيه ، وفي محاولة دفع هذا الخلط على أساس قصر هذا الاصطلاح على « صاحب الحق وحده » والتعبير بالاصطلاح « صاحب الالتزام » « le sujet d'obligation » عن الحمل بالالتزام :

كتابنا سالف الفكر ، عايش «١» من ٦٨٩ .

(٢) انظر في محاولات : انكار وجود صاحب للحق من حيث المبدأ ، والحد من مبدأ استلزام صاحب للحق ، وفي مناقشة هذه المحاولات ورفضها : كتابنا أصول القانون ، ص ٦٩٠ — ٦٩٧

فى نظر الفلسفة والاخلاق وعلم النفس من ناحية وبين مدلوله فى نظر القانون من ناحية اخرى (١) . فالخلط بين المدلولين كان من الاسباب الرئيسية الكالمنة وراء ما احاط مشكلة الشخصية فى الفقه من مشاكل وتعقيدات كثيرة وبخاصة فى شأن الشخصية المعنوية او الاعتبارية .

فالشخص فى نظر الفلسفة والاخلاق وعدم النفس هو الانسان وحده ، لان الشخصية فى هذا النظر انما تعبر عن صفة كائن متميز من طبيعته الروحية الواعية العاقلة — سواء كانت متحققة أو متخلفة فى الواقع — ما يجعل له غاية خاصة به (٢) ، وهى صفة لا تتوافر الا للفرد الانسانى دون غيره من الكائنات الارضية . وليس الحال كذلك فى نظر القانون حيث يأخذ اصطلاح « الشخص او الشخصية مدلولاً آخر لا تلازم بينه وبين هذه الصفة الانسانية . فقد يخرج القانون من عداد الاشخاص بمض بنى الانسان ، وقد يثبت الشخصية لغير الانسان ، وآية ذلك ، أن الرقيق لم تكن له شخصية فى نظر الشرائع القديمة حيث كان الرق سائدا ومشروعا . واذا كان الرق قد زال اليوم فأصبحت الشخصية فى هذا النظر انما تعبر عن صفة كائن متميز له من طبيعته الروحية ثابتة كذلك لغير الانسان ، فثم جماعات من الافراد كالشركات والجمعيات ، او مجموعات من الاموال كالاوقاف والمؤسسات ، تعتبر اشخاصا فى نظر القانون .

فمدلول الشخصية اثن فى نظر القانون لا يطابق تماما مدلولها فى نظر الفلسفة والاخلاق وعلم النفس ولا يفترض بالتالى حتما توافر الصفة الانسانية . ولا يكتفى القول — لتحديد هذا المدلول — بأن الشخص هو من يمكن نسبة الحقوق والالتزامات اليه ، أو من يعتبر صالحا ليكون صاحبا للحقوق

(١) فى هذا المعنى :

Michoud, op. cit., t. I, No. 2. — Réglaude, op. cit., pp. 71, 74, 75. — Dabin, op. cit., pp. 108, 109.

(٢) انظر فى ذلك

Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 6e. éd., 1951, V. Personne, p. 759. — Réglaude, op. cit., p. 75. — Dabin, op. cit., p. 108.

والالتزامات ، فلا يقدم هذا القول كثيرا في تحديد صاحب الحق ، اذ يبقى تحديد مدلول ومعيار مثل هذه الصلاحية .

وفي هذا الصدد نجد اتجاهين متقابلين متطرفين : الاتجاه الاول يتطرق في تضيق مدلول هذه الصلاحية باناطتها بالارادة العاقلة الواعية (١) ، حتى لينكر الشخصية على المجنون والصغير غير المميز أو في الاقل يعتبر شخصيتهما افتراضية وليست حقيقية . والاتجاه الثاني يتطرق في توسعه مدلول هذه الصلاحية باناطتها بالتمتع (٢) ، حتى ليعترف بالشخصية للحيوان أو الجماد اذا حصل تصرف لصالحه .

وكلا الاتجاهين مرفوض (٣) . فمن ناحية يقوم كل منهما على أساس تصوير معين للحق ، اذ يقوم الاول على أساس تصور الحق قدرة ارادية ويقوم الثاني على أساس تصور الحق مصلحة يحميها القانون ، وقد سبق لنا مناقشة ورفض هذين التصويرين للحق . ومن ناحية أخرى ، يخالف كل منهما حكم القوانين الوضعية : فالاول يخالف المقرر في هذه القوانين من اسناد الحقوق الى عديمي الارادة من الافراد كالمجنون والصغير غير المميز وليس الى من يولى عليهم من أولياء أو اوصياء أو قوام . والثاني يخالف المقرر في هذه القوانين من التمييز بين صاحب الحق وبين محله واعتبار الحيوان أو الجماد دائما محلا للحق لا صاحبا له .

ورفض الاتجاهين المتقدمين يوجب الاتجاه وجهة أخرى لا تبلغ مبلغها من التطرف في قصر الشخصية على ذوى الارادة من الافراد أو بسطها حتى على الاشياء من حيوان وجماد . ولكن ليس معنى وجوب احتساب الصغير غير

(١) انظر في هذا الاتجاه بخامة :

Duguit, op. cit., t. I, Nos. 42 - 48, pp. 451 - 533. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 647 - 692, pp. 315 - 356.

(٢) انظر في هذا الاتجاه بخامة :

Demogue, La nation de sujet de droit, Rev. trim. de droit, 1900, notamment, pp. 631 - 645.

(٣) انظر في تفصيل مبررات هذا الرفض :

كاتبنا سالف الذكر ، ص ٧٠١ — ٧٠٥ .

المميز من الاشخاص واستبعاد الاشياء من عداد الاشخاص ، ايجاد ترادف بين الشخص والانسان والعودة الى الخلط بين الشخصية القانونية والشخصية الفلسفية او الاخلاقية ، فللقانون غاية معينة تملئ عليه مدلولاً معيناً للشخصية مختلفاً عن مدلولها الفلسفى او الاخلاقى او النفسى . ذلك ان القانون يستهدف اقامة نظام اجتماعى عادل ، وهو لا يتوصل الى ذلك الا بتكوين الكائنات المتميزة التى تمثل — بالنظر الى هذا الهدف — قيمة معينة من أن تكون لها أو عليها حقوق . وتحديد هذه القيمة الاجتماعية التى تثبت صلاحية لدى الكائن فى أن يكون على رأس حقوق والتزامات أو مركزاً لها ، أمر لا يتحكم فيه القانون الوضعى وإنما تملئ عليه حقائق الحياة الاجتماعية الواقعية والمثالية .

وإذا كانت هذه الحقائق تفرض اعتبار الانسان كائناً متميزاً له مثل هذه القيمة وتلك الصلاحية بصرف النظر عن توافر أو تخلف الوعى والادراك عنده لان الانسان هو حجر الاساس فى النظام الاجتماعى وصالحه هو نهاية المطاف من وجود الجماعة ووجود القانون والحقوق ، فإن هذه الحقائق تفرض عدم قصر هذه القيمة وتلك الصلاحية على الانسان وحده ، بل وجوب بسطها كذلك على تلك الكائنات الجماعية المتميزة بتنظيم معين لتحقيق مصالح انسانية لعدد كبير من الافراد . فمثل هذه الكائنات الجماعية ، على هذا النحو من التنظيم الذى يجعل لها كياناً مستقلاً عن كيان الافراد المنشئين لها أو المنتفعين بها، ومن الهدف الذى يوجه كيانها المستقل الى تحقيق ما يعتبر غاية للحقوق والقانون من أغراض ومصالح انسانية — لا تقل عن الانسان فى نظر القانون والنظام الاجتماعى قيمة وصلاحية كبركز للحقوق والالتزامات . ولذلك اذا كان القانون يثبت الشخصية لكل انسان ، فماتما يثبتها له لا يمثل من هذه القيمة والصلاحية ، ولهذا لا يقصرها عليه وحده بل يجاوزه فيثبتها كذلك لغيره من الكائنات الجماعية المتميزة — مثل الجمعيات والشركات والاقواف والمؤسسات — التى لها نفس هذه القيمة والصلاحية

وعلى هذا النحو لا تنطاط الشخصية بالادراك أو الارادة ولا بالانتفاع أو التمتع ، ولا بالصفة الانسانية ، وانما تنطاط أساسا بالقيمة الاجتماعية (la valeur sociale) (١) . فيكون الشخص هو الكائن المتميز (٢) ذا القيمة الاجتماعية بالنظر لما يتعلق به أو يمثل أو يستهدفه من مصالح انسانية (٣) ، مما يفسر كونه صاحباً للحقوق والالتزامات وكون شخصيته هي صلاحه لوجوب الحقوق له أو عليه ونسبتها اليه .

٢٥٩ — الشخصية وأهلية الوجوب (٤)

إذا كان صاحب الحق هو الشخص ، وتحدد مدلول الشخصية على النحو المتقدم الذي يعنى صلاحية كائن ذى قيمة اجتماعية لوجوب الحقائق له أو عليه ، فينبغى مراعاة ما يشيع فى الفقه (٥) من التعبير عن الشخصية كذلك بإصطلاح « أهلية الوجوب » واعتباره مرادفاً لاصطلاحها ، بحيث يتحدد للشخص بأنه من يكون أهلاً للوجوب له أو عليه . ورغم الصلة الوثيقة بين

(١) أنظر فى ذلك خاصة :

Réglaide, op. cit., pp. 75-79. — Saleilles, op. cit., pp. 583, 584. — Dabin, op. cit., p. 110.

(٢) أنظر فى استلزام أن يكون الشخص كائناً (être) له وجود متميز ، لا مجرد نشاط (activité) ولو ذى قيمة اجتماعية :

Dabin, op. cit., p. 110.

(٣) قارب : Dabin, ibid. :

(٤) وقارن : Réglaide, pp. 76, 78, 79

(٥) يطلق فقهاء الشريعة الاسلامية اصطلاح « الفة » على الشخصية ، ويجعلونها ساطاً لاهلية الوجوب أو يجعلون الاهلية أثراً لها (انظر فى ذلك خاصة : احمد ابراهيم ، الاهلية وعوارضها والولاية فى الشرع الاسلامى ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الاولى) ص ٣٥٢ . — على الخفيف ، احكام المصالحات الشرعية ، ١٩٤٢ ، ص ١٨٥ و ١٨٦ . — عمر عبد الله ، مسلم الوصول لعلم الاصول ، ١٩٥٦ ، ص ٨٢ و ٨٢ . وقارن . محمد يوسف مرسى الفقه الاسلامى ، ١٩٥٤ ، ص ٢٢٠ و ٢٢١ ، الذى يستبدل اصطلاح « الاتسانية » باصطلاح « الفة » .

(٥) أنظر بخاصة : عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٢٢٠ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٥ . — عبد التعم مرج المسدة ، نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد ، ١٩٥٠ ، ص ٤٧ . — محمد سليم محكور ، ص ٥٤ و ٨١ . — جميل الشرتاوى ، ص ١٢٠ .

الاصطلاحين ومدلوليهما فتبقى بينهما فروق تبرر التمييز بينهما (١) .

ذلك أن الشخصية ، وهى صلاحية كائن لان تنسب اليه الحقوق والالتزامات ، انما تواجه هذه الصلاحية فى ذاتها من حيث مبدأ وجودها بحيث تعتبر موجودة أو منعدمة ولكنها لا تتصور أبدا ناقصة . فوجودها لا يتراوح بين الكمال والنقصان يتراوح عدد ما تتعلق به الصلاحية من حقوق والتزامات ، بلىكى لوجود الشخصية ثبوت هذه الصلاحية أصلا، ولو كانت متعلقة ببعض الحقوق والالتزامات دون بعض أو حتى بواحد منها فحسب (٢) . ولذلك فاذا كانت الشخصية ثابتة لكل أفراد الناس فى القاتون الحديث فمعنى ذلك أن لكل منهم — على قدم المساواة — مثل هذه الصلاحية فى المبدأ ولو كان محروما من بعض الحقوق ، فيظل له — دون نقصان — نفس ما للباقيين غير المحرومين من شخصية ما دام أن له من القيمة الاجتماعية مثلهم ما يجعله صالحا كصاحب يمكن أن ينسب اليه أى حق أو التزام . وإذا كان اختلاف الأشخاص فى قدر ما يمكن نسبته الى كل منهم من حقوق أو التزامات ، لا ينتقص من تساويهم فى الشخصية لانه لا يمس مبدأ صلاحيتهم كأصحاب للحق أو الالتزام، فهو يفرق بينهم من حيث مدى هذه الصلاحية، وهذا المدى هو المقصود أساسا بأهلية الوجوب (٣) ، وهو الذى يمكن أن يكون كاملا عند البعض وناقصا عند البعض الآخر بحسب شمول الصلاحية لكل الحقوق والالتزامات أو اقتصارها على بعض منها دون بعض (٤) . ولذلك لا يحمل تساوى الأشخاص فى الشخصية معنى تساويهم فى أهمية الوجوب ، بل تتفاوت

(١) انظر فى ذلك بملخصه :

سليمان مرقس ، هلبش «١» ، ص ٢٧٩ و ٢٨٠ .
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 791.

(٢) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هلبش «١» ص ٢٧٩ .

(٣) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, ibid.

(٤) قارن : سليمان مرقس ، هلبش ص ٢٨٠ .

أهلية وجوبهم اتساعا وضيقا بحسب الاحوال دون أن ينتقص ذلك مما لهم من نفس الشخصية المتساوية .

فالشخصية إذن تتعلق بمبدأ الصلاحية لوجوب الحق أو الالتزام عامة دون تحديد أو تعديد ، بينما تتعلق أهلية الوجوب بمدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات . وعلى هذا النحو ، يتحدد الفاصل بين الشخصية وأهلية الوجوب ، رغم تعلقهما معا بهذه الصلاحية ، بالفاصل بين التجريد والتطبيق ، فتكون الشخصية هي الصلاحية المجردة وأهلية الوجوب هي الصلاحية الواقعية أو المجسمة .

وعلى هذا النحو إذا كان حرمان بعض الأشخاص من بعض الحقوق أو عدم إلزامهم ببعض الالتزامات لا يلغى الشخصية أو ينكرها عليهم ، فهو يقيد أو ينتقص — رغم ذلك — من أهليتهم للوجوب (١) . ولذلك تكون الشخصية ثابتة للنساء مثلا رغم حرمانهن في بعض الشرائع من الحقوق السياسية واعفائهن من الخدمة العسكرية ، وللاجانب رغم حرمانهم في بعض الشرائع من تملك العقارات أو الأراضي الزراعية ، وللقريب رغم حرمانه من الارث لاختلاف الدين أو لقتله المورث عبدا . ولكن يكون لهذا الحرمان والاعفاء أثره على أهليتهم للوجوب ، فتكون مقيدة أو ناقصة بالنسبة الى غيرهم من نوى الصلاحية الكاملة لوجوب كل الحقوق والالتزامات أو منعدمة في شأن الحق الوارد عليه الحرمان أو الالتزام محل الاعفاء بالذات .

٢٦٠ — منهج البحث

إذا كان صاحب الحق هو الشخص وكان الشخص — على ما رأينا — هو الكائن ذا القيمة الاجتماعية سواء كان انسانا من خلق الطبيعة أو كائنا اجتماعيا من خلق الفكر والتصور ، فينبغى أن نعرض للشخص صاحب الحق هذا في نوعيه الكبيرين هذين . ولذلك نقسم الفصل الى فصلين :

الفصل الاول — في الشخص الطبيعي .

الفصل الثاني — في الشخص المعنوى أو الاعتباري .

(١) في هذا المعنى : اسماعيل غنم ، ص ١٥٤ .

الفصل الأول

الشخص الطبيعي

La personne physique

٢٦١ — تمهيد وتقسيم

يقصد بالشخص الطبيعي الانسان ، وكل انسان اليوم — دون استثناء — يعتبر شخصا في نظر القانون الحديث ، اذ الشخصية تفترض — كما رأينا — وجود كائن متميز له قيمة اجتماعية بالنظر الى مايتعلق به أو يستهدفه من مصالح انسانية ، والانسان هو المثال الاصيل — وان لم يكن الوحيد — لهذا الكائن ، غير أن هذه الحقيقة المسلمة اليوم من اسباغ الشخصية على كل انسان (١) ، لم تكن كذلك على الدوام . فقد كانت بعض الشرائع القديمة تقصر الشخصية على الاحرار وحدهم من الناس وتكرها على الارقاء ، ولعل مرجع ذلك الى أن النظرة اليهم كانت باعتبارهم مجردين من القيمة الاجتماعية مناط الشخصية (٢) لارتهاق هذه القيمة حينئذ بالحرية ، مما حتم اخراجهم من عداد الاشخاص أصحاب الحقوق واحتسابهم ضمن الاشياء محل الحقوق .

واذا كانت الشخصية معترفا بها في القانون الحديث لكل انسان ، فهي ثابتة له دون توقف على وجود ارادة واعية عاقلة عنده ، ذلك أن توافر الصفة الانسانية حتى مع انعدام العقل الواعي والادراك كاف — بالنظر الى غاية

(١) انظر في نظام « الموت المدني » الذي كانت تعرفه بعض الشرائع من قبل ، وفي أنه لم يكن مبعدا للشخصية اعداها تاما وانما كان مقيدا لاهلية الوجوب بحصرها في أضيق نطاق : كتابنا سالف الذكر ، هابش « ١ » ص ٧١١ — ٧١٢ .
(٢) في هذا المعنى :

القانون وما يقرره من حقوق — لاثبات القيمة الاجتماعية والشخصية بالتالى لكل انسان حتى للمجنون أو الصغير غير المميز (١) . ولذلك تثبت للناس جميعا على قدم المساواة نفس الشخصية ، سواء كانوا كاملي العقل والادراك أو ناقصيهِ أو عديميه .

ولكن تساوى الناس فى ثبوت الشخصية لكل منهم دون تمييز ، لايعنى أنهم سواء فى اكتساب نفس الحقوق (٢) . ولذلك ، فرغم اعتبار كل أفراد الناس اشخاصا ، الا أنهم يتفاوتون فى مدى ما لكل منهم — نتيجة شخصيته — من أهلية وجوب كما سبق البيان ، فتكون كاملة شاملة لكل الحقوق والالتزامات عند البعض ، وناقصة قاصرة على بعض الحقوق والالتزامات عند أفراد آخرين (٣) .

(١) انظر خاصة ، فى تأكيد اثبات الشخصية للمجنون والصغير ونقد أنكارها عليه :

Dabin, op. cit., pp. 117-123.

Dabin, op. cit., p. 117 (٢)

(٣) يثير نظام الرهبنة ، بما يفرضه من اعتبار الراهب ميتا بالنسبة الى المسالم الدنيوى وغير صالح لذلك لنفسه وانما للدير الذى ينتمى اليه ، مشاكل تتعلق بتحديد مركز الراهب وحظه من ثبوت الشخصية أو انعدامها ، وبمدى أهلية وجوبه اذا كانت الشخصية باقية له ، ومدى صحة تجرده من حقوقه واكتساب الدير لها بدلا عنه . وينبى أن نقرر فى هذا الشأن ، أن مثل هذا النظام لا يمكن أن يعتبر صحيحا اذا كان القصد منه اسقاط الشخصية عن الراهب أو حصر أهلية وجوبه فى أضيق نطاق ، لأن قواعد الشخصية والأهلية من القواعد المتعلقة بالنظام العام التى يتمتع على الأفراد — بل وعلى عرف ملأنى كمرق الرهبنة — اهدارها أو الخروج عليها (فى هذا المعنى : استئناف مصر ، ٩ أبريل ١٩٣١ ، المحللة ، ١٢ ، ٣٦٥ ، ٧٤٦) . ولكن ليس معنى ذلك اسقاط قواعد الرهبنة كليا ، واعتبار الراهب — على نفس وضعه السابق قبل الترهب — صاحب كل ما يكتسبه من الحقوق وخاصة الحقوق المالية ، ذلك أن الراهب — بدخول الدير — يتبوأ وظيفة دينية معينة فيه ، تفرض تحديدا معينيا لملاقاته بالدير وتمييزا بين ما يكتسبه من حقوق مالية بصفته الشخصية فيكون له وبين ما يكتسبه بصفته أو وظيفته الدينية فيكون للدير . وليس فى اعتبار الدير صاحب طائفة الحقوق الأخيرة ما يخالف قواعد القانون الوضعى ، مادام اكتساب هذه الحقوق — رغم تحققه من طريق الراهب — منظورا فيه الى وصف الراهب ووظيفته ككاتب عن الدير أو ممثل له ، مما يوجب — والراهب لا يكتسبها لحساب نفسه — تسميتها الى الدير وإيقاعها فى قمته وحده .

وعلى هذا النحو ، يجب اعتبار الراهب شخصا غير منقوصة أهلية وجوبه بسبب الترهب ، فيظل رغم الترهب وبمهد — كما كان قبله — صالحا لأن يكون صاحبا للحقوق والالتزامات . واما ما يكتسبه الدير من حقوق من طريقه ، فهو اكتساب مشروع ليس مرده انعدام شخصية الراهب أو نقص أهلية وجوبه وانما نيابته عن الدير أو تمثيله له فى هذا الاكتساب بحكم صفته ووظيفته . ولذلك لا يكتسب الدير ملبؤول الى الراهب من حقوق بوصفه الشخصى ، بل تظل له وحده يرثها عنه أترياقه وورثته من بعده (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ٤١٥ ص ٢٦٧ — نقض ١٤ مايو ١٩٤٢ ، مجموعة عمر (الدنية) ، ج ٣ ، رقم ١٥٥ ، ص ٤٣١ . — كتابنا سالف الذكر ، هامش ٢٢ ص ٧١٤ و ٧١٥) .

وإذا كانت الشخصية تثبت لكل انسان ، فهي تلازمه من ابتداء حياته الى حين وفاته . وهى ، فى هذا المدى الزمنى ، يكون لها ما يميزها — بالنسبة الى كل فرد عن بقية الافراد الاخرين — من مميزات خاصة به . وهى اذا كانت — كما رأينا — لا تتطلب ارادة معينة فى الفرد لثبوتها له ، باعتبارها مجرد صلاحية لوجوب الحقوق له أو عليه ، الا أن توليد الحقوق والالتزامات أو مباشرتها أو ترتيب الآثار القانونية بوجه عام قد لا يتحقق فى بعض الصور الا نتيجة قدرة ارادية معينة عند الشخص ، وتفاوت الافراد الطبيعى فى توافر مثل هذه القدرة ، لابد مغاوت بينهم بالتالى من حيث مباشرة النشاط الارادى للشخصية أو « أهلية الاداء » ، فتتراوح هذه الاهلية — بتراوح قدر الارادة عند الافراد — بين الانعدام والنقصان والكمال .

ومن ثم ، نقسم هذا الفرع الى ثلاثة مباحث

المبحث الاول — فى مدة الشخصية .

المبحث الثانى — فى مميزات الشخصية .

المبحث الثالث — فى النشاط الارادى للشخصية أو أهلية الاداء .

المبحث الاول

مدة الشخصية

٢٦٢ — تمهيد

ما دامت الشخصية تثبت لكل انسان باعتباره صالحا لوجوب الحقوق له أو عليه ، فالاصل أن تظل ملازمة له مادام بقيد الحياة ، فتبدأ بولادته وتنتهى بوفاته . ولكن هذا الاصل غير مطلق ، اذ ثمة اعتبارات عملية تحتم الخروج عليه ، اما ببده الشخصية قبل الولادة ، وما بانهاؤها دون تيقن من الموت الحقيقى . فنعرض فيما يلى على التعاقب لبداية الشخصية ونهايتها .

المطلب الاول

بداية الشخصية

الاصل أن تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا • غير أن القانون يخرج على هذا الاصل ، فيثبت من قبل الولادة للجنين أو الحمل بعض الحقوق ولكن بشرط تمام ولادته حيا من بعد •

٢٦٣ — ابتداء شخصية الانسان بتمام ولادته حيا

تبدأ شخصية الانسان في الاصل بتمام ولادته حيا (٢٩ مدنى) ، أى يشترط لبء شخصيته : تمام ولادته من ناحية ، مع تحقق حياته عند الولادة من ناحية ثانية .

(١) تمام الولادة : كان المذهب الحنفى المعمول به فى مصر ، يكتفى فى هذا الصدد بخروج أكثر المولود من أمه دون اشتراط خروجه كله (١) . ولكن المشرع المصرى — فى قانون المواريث والوصية الصادرين سنة ١٩٤٣ و ١٩٤٦ على التماقب — عدل عن اتباع هذا الحكم ، وأخذ بحكم المذاهب الاسلامية الثلاثة الاخرى التى تشترط تمام الولادة بخروج المولود كله وانفصاله عن أمه انفصالا تاما ، وهذا أفضل حسا للامر وقطعا للمنازعات • ثم أكد التقنين المدنى الحالى هذا الحكم من بعد ، بنصه على أن « تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا » (م ٢٩) •

(٢) تحقق الحياة عند تمام الولادة : لا يكفى لثبوت شخصية المولود تمام انفصاله عن أمه وخروجه خروجا كاملا ، وانما ينبغى — فضلا عن ذلك — تحقق حياته فعلا عند تمام الانفصال ، حتى ولو مات عقب ذلك مباشرة • فالعبرة فى ابتداء الشخصية اذن ، تكون بتوافر الحياة فى المولود لحظة واحدة هى لحظة تمام الانفصال ، دون توقف على استمرار الحياة بعد هذه اللحظة • ومن الاعراض الظاهرة لثبوت الحياة اليقينية وتحققها : البكاء والصراخ

والشهيقي . فإن لم يظهر شيء من هذه الإعراض ، كان للقاضي الاستهداء برأى أهل الخبرة من الأطباء لتعزيز مدى تحقق حياة المولود وقت تمام الانفصال .

وهذا الحكم الذى يأخذ به القانون المصرى من الاكتفاء باشتراط تحقق الحياة فى المولود لحظة تمام الانفصال ، يفضل الحكم الذى يأخذ به القانون الفرنسى من اشتراط قابلية المولود للحياة *viabilité* فضلا عن ذلك (١) ، اذ من العسير فى العمل التثبت من هذه القابلية مما يفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات .

فإذا انفصل المولود اذن عن أمه انفصالا تاما وهو حى ، بدأت شخصيته ولو لم يكن قابلا للحياة . وأما اذا ولد ميتا أى وقع موته قبل تمام انفصاله ، لم تثبت له شخصية أصلا ، سواء كان موته طبيعيا أو بفعل فاعل .

وثبت واقعة الميلاد بالقيد فى السجلات الرسمية المعدة لذلك (٢) . ويجوز لكل ذى شأن أن يستخرج صورة رسمية طبق الاصل من هذا القيد . ولكن ليس لهذه السجلات ولا للصور المستخرجة منها حجية مطلقة فى اثبات واقعة الميلاد ، اذ يقتصر دور الموظف المختص على مجرد قيد ما يقدم اليه دون التحقق من مضمونه ، فيظل اثبات واقعة الميلاد — وهى واقعة مادية — جائزا بكافة الطرق (م ٣٠/٢ مدنى) . ولكن اثبات ما يتفرع على هذه الواقعة من نسب ، يخضع لقواعد الاحوال الشخصية (٣) .

٢٦٤ — مركز الجنين او الحمل

اذا كان الاصل هو ابتداء شخصية الانسان بولادته حيا على النحو السالف بيانه ، فمخرجا على ذلك يثبت القاتون من قبل الولادة بعض الحقوق للجنين او الحمل ، والى هذا أشارت المادة ٢٩ — ٢ من التقنين المدنى بقولها « ٠٠٠

(٢) ينظم هذا القيد فى مصر القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الاحوال المدنية (انظر فى شرح احكام هذا القانون عموما : عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، فقرات ٤٢٨ — ٤٤٥ ، ص ٦٥٩ — ٦٧٨) .
(٣) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢١ .

حقوق الحمل المستكن يعنيها القانون» . فثبتت له فضلا عن النسب ، الحق في الارث (١) وفي الوصية (٢) وفي الافادة من الاشتراط لمصلحته (٣) .

ولما كانت الحقوق المتقدمة لا يتوقف ثبوتها على القبول ، فقد استخلص بعض الفقهاء من ذلك أنه ليست للجنين صلاحية لاكتساب الحقوق التي يتوقف ثبوتها على القبول ، ولذلك ذهبوا الى عدم جواز الهبة للجنين لانها تتفقد بايجاب وقبول (٤) .

وهذا النظر مؤسس على القول بأن الولاية انما تبتدىء بالولادة ، فلا يوجد للجنين ولى يملك القبول عنه . ولكن طالما أن المشرع المصرى أصبح يقرر اقامة وصى على الحمل المستكن (٥) فليس ما يبرر حرمان الحمل مما قد يوجب له بدعوى توقف الهبة على القبول ، اذ يملك هذا الوصى حينئذ — بمقتضى ولايته عليه — القبول عنه (٦) . وعلى هذا النحو ، يمكن تحديد صلاحية الجنين أو الحمل لاكتساب الحقوق ، في القانون المصرى، بما هو نافع له نفعا محضا دون تمييز بين ما يتطلب منها القبول وما لا يتطلبه ، اذ في حال تطلب القبول يملكه الولى أو الوصى نيابة عنه .

وبذلك تكون للحمل قبل الولادة شخصية خرجا على الاصل ، واكتنبا شخصية لا تعطيه الا اهلية وجوب ناقصة أو محدودة (٧) ، لاقتصار صلاحيته أصلا على اكتساب ما ينفعه نفعا محضا من حقوق (٨) . غير أن هذه

(١) م ٢ و ٤٢ من قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

(٢) م ٢٥ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

(٣) م ١٥٦ مدنى .

(٤) عبد الحى حجازى ، ص ٩٥ و ٩٦ (الهلباش) و ٩٩ . — شمس الوكيل ، ص ٣٩ . — محمد سالى مذكور ، ص ٤٣ و ٤٤ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية الحق ، ١٩٥٧ ، فقرة ٣٨ ، ص ٦٠ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٥ ، فقرة ٦٥ ، ص ١٠٢ . — عبد المنعم البدرأوى ، ص ٥٤٤ — ٥٤٦ .

(٥) م ٢٨ / ١ و ٢ ، و م ٢٩ من قانون الولاية على المال لسنة ١٩٥٢ .

(٦) انظر في تفصيل ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٢ و ٧٢٤ .

وانظر كذلك في نفس المعنى :

شفيق شحاته ، فقرة ٤٨ . — اسماعيل غنم ، ص ١٥٦ و ١٥٧ .

(٧) انظر مع ذلك فيما يذهب اليه البعض ، نتيجة الخلط بين الشخصية واهلية الوجوب ، من القول بأن شخصية الحمل كذلك ناقصة : عبد المنعم مرج الصدء ، ص ٥٧ . — محمد سالى مذكور ، ص ٤٣ . — جليل الشرتاوى ، ص ٦٦ . — عبد الفتاح عبد الباقي ، ص ٦١ . — عبد المنعم البدرأوى ، فقرة ٣٤٨ ، ص ٥٤٦ .

(٨) وتشمل كذلك ما قد يتفرع من التزامات نتيجة ثبوت هذه الحقوق له ، كذلك الناشئة من ادارة أمواله أو بسببها (في هذا المعنى : سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٢ ، ص ٢٨٢ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٢) .

الشخصية غير باثة ، لتوقف استقرارها نهائيا على ولادته حيا . ولذلك فالشخصية والحقوق التي تثبت للحمل صلاحية اكتسابها قبل ميلاده ، تكون معلقة على تحقق ولادته حيا ، بحيث اذا ولد حيا اعتبر شخصا وصاحباً لهذه الحقوق منذ ثبوتها لموقت الحمل (١) ، واذا ولد ميتا فكانه لم يكن ولم تقتصر له حقوق قط فيرد الموقوف له من الارث والوصية الى أصله من التركة ويقسم بين ورثة المورث الاصلى ويرد كذلك الشيء الموهوب الى الواهب .

المطلب الثاني

نهاية الشخصية

اذا كانت شخصية الانسان تلازم وجوده وحياته ، فمعنى ذلك أنها لا تنتهى الا بالموت . غير أن ثمة أموالا قد يحوط الشك فيها وجود الانسان بحيث لا تعلم حياته من سماته كما هو الشأن في المفقود ، فان غلب احتمال موته على احتمال حياته ، جاز — رغم تخلف اليقين والدليل على الموت الحقيقي — الحكم باعتباره ميتا وانهاء شخصيته بالتالى . فكأن شخصية الانسان اذن لا تنتهى في الاصل الا بالموت الحقيقي ، ولكنها — استثناء — يمكن أن تنتهى كذلك بالموت الحكيم أو التقديرى .

٢٦٥ — نهاية الشخصية بالموت الحقيقي

اذا كانت الشخصية تلازم الانسان في حياته ، فمعنى ذلك أن انقضاءها رهن بموته، ولذلك تقضى المادة ٢٩/١ من اللقنين المدنى بأن شخصية الانسان

(١) يراعى أن اعطاء القانون الجنين أو الحمل شخصية على هذا النحو وتأكيدا بولايته حيا على أساس اعتبار بدايتها منذ الحمل ، يشكك في صحة الاصل المقرر من أن شخصية الانسان لا تبدأ الا منذ ولادته حيا (انظر في هذا المعنى : مصطفى أحمد الزرقاء نظرة عامة في الحق والالتزام ، ١٩٤٨ ، فقرة ١٠٣ ص ١٧٥ و ١٧٦ ، مشار اليه في : عدنان القوتلى ، الوجيز في الحقوق المدنية، ج ١ ، ١٩٦٠ ، هامش ٤١ ص ٤٢٢ . — منصور مصطفى منصور، مذكرات غير مطبوعة في نظرية الحق ١٩٥٦ ، — كتابنا سالف الذكر ص ٧٢٦ . اذ ما دامت الشخصية من مجرد صلاحية لوجوب الحق أو الالتزام ايا كان مدى هذه الصلاحية ، وكان القانون يثبت للجنين مثل هذه الصلاحية منذ الحمل ، فان تحقق ولادته حيا لا يحدد اذن بداية شخصيته فهي مبتدأة منذ الحمل ، وانما يؤكد استقرار هذه الشخصية المبتدأة من قبل استقرارا بنا ونهائيا . ولكن لتحقيق هذه الولادة اثرا مليا آخر ، هو اعتباره بداية للتساع اعلية وجوب الانسلا =

« تنتهى بموته » . وواقعة الموت — كواقعة الميلاد — تثبت بالقيد فى السجلات الرسمية المعدة لذلك ، ويجوز لكل ذى شأن أن يستخرج صورة رسمية من هذا القيد . ولكن ليس لهذه السجلات ولا للصور المستخرجة منها حجية مطلقة فى اثبات واقعة الموت ، فيظل اثباتها ممكنا بكافة الطرق (م ٣٠ — ٢ مدنى) .

وإذا كانت الشخصية تنتهى بالموت على هذا النحو ، فمن فقهاء الحنفية (١) خاصة كانوا يذهبون الى ابقائها ممتدة امتدادا اعتباريا بعد الموت الى حين الفراغ من تصفية التركة وسداد ديون المتوفى ، وبهذا المعنى كانوا يؤولون القاعدة الشرعية المعروفة « لا تركة الا بعد سداد الديون » . وما يزال هذا الرأى يجد له الى اليوم أنصارا عند بعض الفقهاء المصريين المعاصرين (٢) وهم يسندونه — كما كان يفعل الحنفية — بقوله تعالى فى أكثر آيات الموارث عقب تحديد فرائض الورثة « من بعد وصية يوصى بها أو دين » . ويسندونه — فضلا عن ذلك — بسند من النصوص الوضعية التى تقضى بأولوية الوفاء بالتزامات التركة ثم توزيع الباقي بعد ذلك على الورثة (٨٩٩ مدنى) ، مما يعنى عندهم أنه لا تملك للوارث الا بعد سداد الديون ، وهو ما يوجب — والتركة بحقوقها وديونها لا تكون قبل هذا السداد على ملك الوارث بعد — ضرورة اعتبارها على ملك المتوفى نفسه ، وهو مالا يتأتى الا بافتراض بقاء شخصيته رغم موته وامتدادها حتى تصفية تركته .

= بمعنا كانت عليه من تصور ونقصان وقت الحمل . فكان تمام الولادة حيا شرط ان لا استقرار لمكان نائبا للانسان منذ الحمل من شخصية غير باتة ، وشرط كذلك لبداية اتساع مدى هذه الشخصية أو اهلية الوجوب والخروج بها من دور التصور والصور . ولذلك قد يكون من الامح القول بأن شخصية الانسان تبدأ منذ الحمل ، ولكنها لا تصير باتة الا بولادته حيا ، وأن اهلية وجوبه تكون نافذة وقت الحمل ، ولا يبدأ اتساعها الا منذ هذه الولادة (قارن مع ذلك : عنان القوطى : المرجع السابق ، هاش « ١ » ص ٤٢٣ — ٤٢٥) . وهذا يؤكد ما سبق أن قلناه من وجوب التفرقة بين الشخصية وأهلية الوجوب (راجع سابقا ، فقرة ٢٥٩) ، فبينما تكون الشخصية ثابتة منذ الحمل ، لا تبدى أهلية الوجوب المتفرقة عنها فى اتساع الا بالولادة مع تحقق الحياة .

(١) راجع فى ذلك :

أحمد إبراهيم ، التركة والحقوق المطلقة بها والموارث ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، ص ٣٧٠ . — محمد كليل برسى ، الميراث وتصفية التركة ، ١٩٥١ ، فترات ١٤ و ١٥ . — مير عبد الله ، أحكام الموارث فى الشريعة الإسلامية ، ١٩٥٦ ، ص ٢٠ — ٣٢ (٢) ميد التتم مرج الصدة ، فقرة ٤٥ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٥ .

ولكن هذا الرأي يخالف صريح نص المشرع المصرى على أن « شخصية الإنسان ... تنتهى بموته » (١) ، وعلى أنه « يستحق الارث بموت المورث » (٢) . وبغضلا عن مخالفة النصوص الوضعية على هذا النحو ، يقوم هذا الرأي على افتراض غير مقبول ، هو افتراض حياة الشخص رغم موته . وليس من حاجة أو ضرورة تدعو الى هذا الافتراض الصارخ في مخالفة الطبيعة والقانون ، لان الغرض من هذا الافتراض — وهو حفظ حقوق دائنى المتوفى وتحديد مسؤولية الوارث عما تركه المتوفى من ديون — يمكن تحقيقه عن طريق آخر واقعى يغنى عن هذا الطريق الافتراضى . وقد سبقنا الإشارة الى هذا الطريق ، عندما قلنا أنه بوفاة الشخص تنقضى شخصيته فتؤول ذمته — بحقوقها وديونها — الى الوارث فور الوفاة دون أن تختلط بذمته الاصلية ، بحيث تتخصص هذه الذمة الموروثة — رغم اسنادها الى الوارث — بغرض معين هو تصفيتهما بسداد ديونها من حقوقها .

وليس فى استناد هذا الرأي أخيرا الى الآية الكريمة والنص التشريعى الذى يفيد عدم توزيع شيء من التركة على الورثة الا بعد الوفاء بالتزاماتها ما يعززه إذ هو يحملها ما لا يقصدان . فليس القصد مما يقرراته من أنه « لا تركة الا بعد سداد الديون » أنه لا ملكية للوارث الا بعد هذا السداد ، وبالتالي تبقى شخصية المتوفى قائمة بعد وفاته ونمته مسندة اليه حتى هذا السداد . وإنما القصد منها محاسب أن لا ملكية خالصة للوارث الا بعد سداد الديون . ويعنى ذلك أن الوارث وان كان يملك أعيان التركة فور وفاة المورث لاستحالة اعتبارها على ملكه نظرا لانقضاء شخصيته بالوفاة ، الا أن هذه الأعيان تظل مشغولة بما لدائنى المتوفى من ديون ، فلا تخلص للوارث ملكيتها خلوصا نهائيا كاملا الا بعد تخليصها مما يتقفلها من هذه الديون . وهذا مصداق ما قلنا من انقضاء شخصية المورث بالموت ، وأيلولة ذمته الى الوارث بكيانها المستقل مع تخصيصها بالتصفية وسداد الديون .

ورغض امتداد شخصية المتوفى بعد وفاته ، هو كذلك الرأي الذى يذهب اليه

(١) م ٢٩ / ١ مدنى .

(٢) المادة الاولى من قانون الموارث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

كثير من فقهاء الشريعة الاسلامية (١) ، ويستقر عليه جمهور فقهاء القانون المصرى (٢) اليوم .

وعلى ذلك نخلص مما تقدم الى أن شخصية الانسان تنتهى حتما بموته ، فلا تمتد — ولو امتدادا اعتباريا — بعد هذا الموت .

٢٦٦ — نهاية الشخصية بالموت الحكى أو التقديرى

إذا كان الاصل أن الشخصية تنتهى بالموت الحقيقى اليقينى ، الا أن ضرورات العمل فى بعض الاحوال التى يفقد فيها الشخص دون أن يكون فى الامكان اقامة الدليل على موته — رغم رجحان احتمال وفاته على احتمال حياته — تفرض الحكم باعتباره ميتا وانهاى شخصيته بالتالى . ولكن هذا الحكم قد ينقضه من بعد ظهور حياة المفقود .

فنعرض فيما يلى للحكم باعتبار المفقود ميتا موتا حكما أو تقديريا ، ولاثر هذا الحكم ، ثم لما قد يحدث بعده فى بعض الاحوال من ظهور حياة المفقود .

(١) الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا وانهاى شخصيته انتهاء تقديريا :

يقصد بالمفقود ذلك الغائب الذى انقطعت اخباره ، فلا يدري مكانه ولا تعلم حياته من مماته . فهذا الشخص قد يغلب احتمال موته احتمال حياته ومع ذلك لا يمكن اقامة دليل يقينى على موته ، فلا يكون من الصالح ترك أمره معلقا

(١) انظر فى الإشارة الى رأى هؤلاء الفقهاء وهم جمهور الشافعية والحنابلة :

أحمد ابراهيم ، المغالة السابقة ، ص ٣٧١ وما بعدها . — محمد كليل موسى ، المرجع السابق ، فقرة ٩٦ . — مير عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٢٢ و ٢٣ .

ويستند هؤلاء الفقهاء الى حديث « من ترك مالا أو حقا ، فلورثته » ، والى أن الموت سبب للتوريث وانتقال ملكية أعيان التركة الى الورثة ، فيجب أن تتحقق هذه النتيجة نور حدوث السبب أى نور الوفاة ، اذ الامور لا تترأخى من أسبابها ، والى أن تملق الدين بالمسأل لا يزيل الملك كما هو الشأن فى حق المدين الراحم والمدين الملتص .

(٢) شفيق شحاته ، فقرة ٥٢ . — محمد سليم محكور ، ص ٤٩ . — اسماعيل غاتم ، ص ١٥٧ . — محمد على مرفة ، أسباب كسب الملكية ، فقرة ٢٩١ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٤ ، ١٩٦٠ ، فقرة ١٩٢ ، ص ٣٤٥ . — عبد النعم البدراوى ، فقرة ٢٥٠ ، ص ٥٤٨ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٩ و ٧٣٠ ، ودروسنا (على الآلة الناسخة) فى مصادر الحقوق المدنية الاصلية ، ١٩٦٤ ، ص ٢٣ — ٢٧ .

وتأثر مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء — مع رفضهم القول بلعدد شخصية المتوفى بعد وفاته — من اعتبار التركة شخصا معنويا يمتلك أموال المتوفى ويلتزم بديونه حتى تسدد : عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٣٩ (انظر فى مناقشة هذا الرأى ورفضه : كتابنا سالف الذكر ، هاشب « ٢٢ » ص ٧٣٠) .

وشخصيته ممتدة الى ما لا نهية ، بل يجب حسم مركزه الغامض بالتريخيم للقاضي فى الاصل باعتباره ميتا ، بحيث تنقضى شخصيته بالموت التقديرى لا بالموت الحقيقى خلافا للاصل فى انتهاء الشخصية .

وقد اخذ المشرع المصرى بذلك ، فأحال فى المادة ٢٢ من التقنين المدنى فى شأن المفقود على الاحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فان لم توجد فاحكام الشريعة الاسلامية . والواقع ان المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ — وهو مأخوذ عن فقه الشريعة الاسلامية دون تقيد بذهب بعينه من مذاهبه (١) — سبق أن نظم أحكام المفقود بنصه فى المادة ٢١ منه على أن « يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقدته . وأما فى جميع الاحوال الاخرى ، فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها الى القاضى ، وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى معرفة ان كان المفقود حيا او ميتا » . وهذا النص يكشف عن امكان انتهاء شخصية المفقود رغم عدم التيقن من موته — بحكم قضائى يصدر باعتباره ميتا موتا تقديرىا فى حالتين :

١ — حالة غلبة الهلاك: اذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه فى ظروف يغلب عليه فيها الهلاك ، كما اذا حصل الفقد فى حرب او كارثة كزلزال او بركان او فيضان أو حريق ، فان المشرع يأخذ هذا الاحتمال الغالب بالهلاك — اذا ترجح بمضى أربع سنوات على الفقد — امانة وقرينة على وفاة المفقود، فيكون للقاضى اخذا بهذه القرينة القانونية — بناء على طلب ذوى الشأن ، وبعد التحرى بجميع الطرق الممكنة — الحكم باعتبار المفقود ميتا بعد مضى هذه المدة .

واذا كان الاصل أن القاضى هو الذى يحكم بموت المفقود ، فخرجا على ذلك ، يخول المشرع المصرى وزير الحربية سلطة اصدار قرار باعتبار المفقودين من افراد القوات المسلحة اثناء العمليات الحربية موتى بعد مضى أربع سنوات على فقدهم . ويقوم هذا القرار مقام الحكم القضائى بذلك (٢) .

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، متن ص ٧٢١ ، وهابش «١» و «٢» ص ٧٢١ — ٧٢٢ .
(٢) القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٥٨ ، الممدد للبائتين ٢١ و ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

٢ - حالة عدم غلبة الهلاك: اذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه فى ظروف لا يغلب فيها هلاكه، كمن سافر لتجارة او طلب علم اوسياحة، ثم انقطعت أخباره ولم تعلم حياته من مماته ، فان الامر متروك الى القاضى يستخلص من قرائن الاحوال المدة التى يترجح بانقضائها احتمال موت المفقود على احتمال حياته (١) ، وذلك بعد التحرى بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى تعرف مصيره .

(٢) اثر الحكم باعتبار المفقود ميتا : اذا حكم باعتبار المفقود ميتا ، فانه يأخذ فى الاصل اعتبارا حكم الميت موتا حقيقيا وتنتهى شخصيته بالقالى من تاريخ صدور هذا الحكم . ولكن هذا الاصل غير مطلق ، بل يرد عليه استثناء يقضى باعتبار المفقود ميتا - فى حالة معينة - من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم . فنعرض لبيان الاصل والاستثناء فيما يلى .

١ - اعتبار المفقود فى الاصل ميتا من تاريخ الحكم : الاصل ان الحكم القاضى باعتبار المفقود ميتا حكم منشئ لهذا الموت الاعتبارى وليس كاشفا له . ولذلك فان اثره من انتهاء شخصية المفقود ومعاملته معاملة الميت الحقيقى ، لا يتحقق الا من تاريخ هذا الحكم وليس قبله . وتتفرع على ذلك نتيجتان هامتان ، هما :

(١) تظل شخصية المفقود قائمة قبل صدور الحكم باعتباره ميتا ، ولكنها تكون شخصية احتمالية ، فيعامل فى الفترة من تاريخ الفقد الى صدور الحكم على هذا الاساس . فتبقى أمواله على ملكه ، ولكن يعين وكيل أو قيم للمحافظة عليها وادارتها وتولى شؤونه (م ٧٤ — ٧٦ من قانون الولاية على المال) . وتظل زوجته على حكم الزواج منه ، الا أن يقضى القاضى - بناء على طلبها - بالتطليق أو التفريق (٢) لتضررها من غيبته . ويوقف له نصيبه المستحق له من ميراث أو وصية (م ٤٥ من قانون الموارث) ، حتى يستبين مصيره .

(١) واضح أن هذه المدة لا يجوز أن تقل من المدة المحددة للحكم باعتبار المفقود ميتا فى حالة غلبة الهلاك .

(٢) يحكم القاضى - بناء على طلب الزوجة - بالتطليق اذا غلب الزوج سنة أو أكثر بلا عنر مقبول ، ولو كان له مال تستطيع الزوجة الاتفاق منه (م ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) . أما لدى الانباط الارثوذكس المصريين ، فلا يحكم القاضى بالتطليق الا باستقرار الغيبة خمس سنوات متوالية (أنظر : توفيق فرج ، احكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ ، ص ٤٨٢ — ٨٤٥) .

(٢) تنتهى شخصية المفقود ابتداء من تاريخ صدور الحكم باعتباره ميتا ، ويعامل من هذا التاريخ معاملة الميت موتا حقيقيا . فتنقضى فى الاصل الرابطة الزوجية التى تربطه بزوجته ، بحيث يحل لها الزواج من غيره (١) بمعد انقضاء عدة الوفاة (٢) . وتفتح تركته ، وتوزع امواله على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم (٣) ، ولا شئ لمن مات منهم قبل صدوره .

٢ - معاملة المفقود - استثناء - معاملة الميت من تاريخ النقص فى شأن الموقوف له من ارث أو وصية : كان مقتضى الاصل المقرر ، من انتهاء شخصية المفقود واعتباره ميتا من تاريخ صدور الحكم بذلك ، أن يدخل النصيب الموقوف له من ارث أو وصية - لاستحقاقه حال فقده - فى تركته ، ويوزع - كباقي امواله - على ورثته الموجودين وقت هذا الحكم . ولكن المشرع المصرى يخرج على الاصل ، فيقرر رد هذا النصيب الى من يستحقه من ورثة المورث أو الموصى الموجودين وقت موت هذا المورث أو الموصى (٤) ليوزع فيما بينهم . ويعنى ذلك معاملة المفقود - فى شأن هذا النصيب - كما لو كان ميتا من تاريخ الفقد ، لا من تاريخ الحكم بموته (٥) . ويبرز ذلك بأن حياة المفقود طوال فترة الفقد ليست الا مجرد حياة احتمالية ، لا تكفى لتوريثه أو استحقاقه وصية من غيره ،

- (١) ما لم تمنع قواعد الاحوال الشخصية لبعض الطوائف غير الاسلامية من ذلك .
- (٢) م ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .
- (٣) م ٢٢ فى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .
- (٤) م ٤٥ من قانون الموارث لسنة ١٩٤٢ .

(٥) ولذلك يقال ان المفقود يعامل فى فترة الفقد معاملة الميت فى حق أو مال غيره اى فى شأن الحقوق اسى يضر غيره ، على خلاف المقرر من معاملة معاملة الميت فى حق نفسه أو ماله اى فى شأن الحقوق التى تضره هو . واختلاف الحكم على هذا النحو المقرر فى القسطنطينية يوافق مذهب الحنفية والمالكية . ولكننا نفضل رأى الشافعية والحنابلة فى اعتبار المفقود ميتا من تاريخ الحكم بموته فى كل الاحوال ، سواء بالنسبة لما يضره كارت الغير منه أو لما يضره غيره كارتة من الغير . اذ من الواضح أن الاصل فى الإنسان الحى استمرار حياته حتى يقوم الدليل على العكس ، سواء كان دليلا يقينيا بالموت الحقيقى ، أو دليلا حكما بالموت الاعبارى . ولذلك يكون الحكم الصادر باعتبار المفقود ميتا حكما منشأ لا كاشفا لموته الاعبارى ، مما يوجب عديم الأحياء قبل صدور الحكم وعدم احتسابه من الإبوات الا من تاريخ صدوره . دون مفرقة فى ذلك بين ما يضره وبين ما يضر غيره من الحقوق . والقول بغير ذلك واحتساب المفقود ميتا من تاريخ فقده فى شأن ما يضره من الحقوق ، معناه قلب الاصل واعتبار المفقود ميتا حتى يثبت العكس ، واعطاء الحكم باعتبار المفقود ميتا بالتالى صفة كاشفة ليست له (راجع فى تفصيل هذا الانتقاد ، كتابنا سالف الفكر ، هامش ٢٢ ص ٧٢٤ - ٧٢٥) .

حيث الشرط لاستحقاق الارث أو الوصية تحقق حياة الوارث أو الموصى له وقت موت المورث أو الموصى (١) .

(٢) **ظهور حياة المفقود** : لما كان الحكم بموت المفقود هو حكم اعتباري لا حقيقي ، فالأصل أن يسقط هذا الحكم هو وآثاره اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، ولكن على أن لا يضر هذا المسقوط بحقوق الغير .

١ - **في شأن الرابطة الزوجية** : الأصل انه اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، فتعود زوجته اليه ، وتعتبر الرابطة الزوجية مستمرة كأن لم تنحل بمقتضى الحكم السابق باعتباره ميتا . ولكن قد تكون زوجته تزوجت من غيره بعد هذا الحكم ، مما يوجب الترجيح بين حق الزوج الاول عليها وحق الزوج الثاني . وقد غلب المشرع المصري حق الزوج الثاني اذا كان حسن النية لا يعلم بحياة المفقود ، وقد وقع زواجه صحيحا بعد انقضاء عدة وفاة المفقود ، وتم بمقتضاه الدخول بزوجة المفقود فعلا ، بحيث اذا توافرت هذه الشروط لا تعود الزوجة الى المفقود بعد ظهوره . اذ نصت المادة ٨ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على انه « اذا جاء المفقود أو لم يجرى وتبين أنه حي ، فزوجته له ما لم يتمتع الثاني بها غير عالم بحياة الاول . فان تمتع بها الثاني غير عالم بحياته ، كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الاول » (٢) .

ولكن اذا لم تتوافر الشروط التي يتطلبها المشرع لتغليب حق الزوج الثاني ، فتعود زوجة المفقود اليه . ويتحقق ذلك اذا وقع عقد الزواج الثاني في عدة الوفاة التقديرية للمفقود اذ يكون الزواج باطلا ، أو وقع بعد انقضاء العدة ولكن عاد المفقود قبل تمام الدخول اذ صلة الزوجية لم تصر واقعية بعد ، أو وقع بعد انقضاء العدة وتم الدخول قبل عودة المفقود ولكن كان الدخول عن علم من الزوج الثاني بحياة المفقود اذ لا ينفعه سوء قصده فيكون مردودا عليه .

(١) عمر عبد الله ، المرجع السابق ، علبش ص ٢٢٧ .

(٢) انظر مع ذلك في انتقاد هذا النص :

اسماعيل غانم ، ص ١٦٠ .

٢ — في شأن الاموال : اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، فالأصل أن له استرداد أمواله التي وزعت على ورثته ، واسترداد النصيب الذي كان مستحقا له من ارث أو وصية والذي ارتد بعد الحكم باعتباره ميتا الى ورثة المورث أو الموصى. ولكن خروجاً على هذا الأصل، يمتنع على المفقود استردادها استهلاكه الورثة من هذه الاموال أو هذا النصيب أو ما تصرفوا فيه الى الغير ، فلا يكون له الا استرداد الباقي في أيديهم فحسب . وهذا الحكم الاستثنائي مقرر رعاية لحق الورثة ولحق الغير ، فالورثة انما ملكوا اموال المفقود واذنوا بالتصرف فيها بمقتضى سند شرعى هو الحكم أو القرار الصادر باعتبار المفقود ميتا ، فلا ضمان عليهم ولا على من تصرفوا اليه بالتالى (١) .

المبحث الثاني

مميزات الشخصية

٢٦٧ — تمهيد وتقسيم

لشخصية الانسان علامات معينة تصاحب الانسان وتتيح تمييزه عن غيره . وهذه العلامات أو المميزات يردّها الفقه الى ثلاث : الحالة التي تحدد مركزه الاساسى بالنسبة الى الدولة والاسرة وأحيانا الى الدين ، والاسم الذى يتيح التعرف على ذاته ، والموطن أو المقام الذى يتيح العثور على مكانه . فنعرض لكل من هذه المميزات فى مطلب على التوالى .

المطلب الاول

الحالة

L'état

٢٦٨ — تحديد الحالة (٢)

من أكثر الاصطلاحات القانونية ابهاما وعموما اصطلاح « الحالة » ،

(١) فى هذا المعنى :

عبد الوهب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثانية ، ١٩٢٨ ، ص ٢٦٢ . — عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥ ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، ص ٤٦٢ .

(٢) انظر فى ذلك بصفة خاصة :

Capitant, op. cit., No. 111. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 13. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 462. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 335.

فالتعريفات الجارية له واسعة مرنة تسمح بصرفه الى مدلولات مختلفة مما يشيع الخلط بين الحالة وبين غيرها من الافكار المشابهة او المقاربة .

ولن ندخل فى تفصيل هذه التعريفات أو أصل فكرة « الحالة » وتطورها القانونى (١)، بل يكفى — فى سبيل ضبط اصطلاح « الحالة » وتحديد مدلوله — الابتداء بالمسلم فى الفقه من حصر نطاقه فى المركز الوطنى أو السياسى والمركز العائلى أساسا والمركز الدينى أحيانا ، ثم ملاحظة أمرين فى شأنه: الاول، أن هذه المراكز تنشأ للانسان وتتحدد بالميلاد منذ ابتداء الشخصية ، مما يعنى أنها أساسية وضرورية لها ، وهو ما يجعلها — رغم ما قد يطرا على عناصرها من تغيير — ملازمة للشخصية طوال امتدادها (٢) . والثانى ، أن اهتمام القانون بالنظر الى الانسان بوصفه عضوا فى جماعة سياسة نظامية هى الدولة وجماعة عائلية هى الاسرة وأحيانا فى جماعة أو مجموعة دينية كالجماعة أو المجموعة الاسلامية أو المسيحية ، مرده الى ما لكل هذه الجماعات أو المجموعات من قيمة اجتماعية أساسية كدعامة من دعائم المجتمع ، بحيث يعتبر تحديد مركز الفرد من حيث الانتماء اليها مسألة أولية يجب الفصل فيها ابتداء لتحديد حقوقه أو التزاماته من بعد على ضوء ذلك . ومن هنا نستطيع تحديد الحالة بأنها ما يلزم الشخصية من مركز للفرد كعضو فى الجماعات أو المجموعات ذات القيمة الاجتماعية الأساسية (٣)، وهو ما يجعل منها حجر الأساس لما يثبت للأفراد بناء عليها من حقوق والتزامات تختلف بينهم باختلاف حالاتهم . وعلى هذا النحو ، تتيج الحالة تحديد مدى أهلية وجوب الفرد ضيقا أو اتساعا ، مما يعنى وجوب التمييز بين الحالة وأهلية الوجوب (٤) واعتبار

(١) انظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٧ و ٧٢٨ .

(٢) فى هذا المعنى :

Aubry et Rau, t. I, No. 52, p. 303. — Plantol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 13, 16. — Capitant, No. 111, p. 154.

(٣) كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٩ .

(٤) انظر فى ذلك :

Aubry et Rau, t. I, Nos. 52, 304, note (3). — Capitant, p. 152, note

(2).

الثانية مؤسسة على الاولى ومحددة بها . وأما أهلية الاداء فتحددها كما سنرى عناصر — كالعقل والارادة — لا شأن لها بالحالة ولا تأثير لها عليها في الاصل (١) .

وإذا كانت الحالة تعنى المركز الملازم للفرد باعتباره عضواً فى جماعة أو مجموعة ذات قيمة اجتماعية أساسية ، فإن نطاق الحالة قد يتفاوت اذن بتفاوت النظر الى هذه القيمة ونسبيتها فى الشرائع المختلفة . ولذلك كانت الحالة فى القانون الرومانى تشمل مركز الفرد من الحرية بانتمائه الى مجموعة الاحرار أو الارقاء ، وهى تشمل حتى فى بعض الشرائع الحديثة المركز العنصرى للأفراد بانتمائهم الى مجموعة جنس من الاجناس (٢) . ولكن الانتماء الى مجموعة الدولة والاسرة كان دائماً من عناصر الحالة فى مختلف الشرائع ، ويعتبر القانون المصرى — بالاضافة الى ذلك — الانتماء الى الدين من هذه العناصر . فنمضى لهذه العناصر الثلاث فيما يلى .

(١) الحالة السياسية او الجنسية

٢٦٩ — أهمية الحالة السياسية

يقصد بالحالة السياسية مركز الشخص من حيث انتسابه الى دولة معينة وارتباطه بها — كمضو من أعضائها — برابطة التبعية والولاء او ما يسمى الجنسية (La nationalité).

وللحالة السياسية أو الجنسية أهمية كبرى من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانونى . فالاصل أن الاجانب يحرمون من التمتع ببعض الحقوق التى يتمتع بها الوطنيين ، ويعفون من بعض الواجبات التى تقع على كاهل الوطنيين . فليس للاجانب مثلاً حق التمتع بالحقوق السياسية ، كحق

(١) فى هذا المعنى :

Josserand, op. cit., t. I, No. 244. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 466.

(٢)

Colin, Capitain et De La Morandière, t. I, p. 123. note (2)

— Mazeaud, t. I, No. 465. — Ripert et Boulanger, t. I, No. 393.

الترشيح أو الانتخاب في المجالس النيابية ، وحق تولى الوظائف العامة . وهم يعفون مثلا من اداءواجب الخدمة العسكرية الذى يلزم به الوطنيون وحدهم . وحتى فيما يتعلق بالحقوق المدنية ، قد يضيق مدى تمتع الاجانب بها ومدى نشاطهم القانونى عما يكون مسموحا به للوطنيين فى شأنها . فكثير من التشريعات تحرم الاجانب من حق تملك العقارات عامة أو الاراضى الزراعية خاصة ، أو تحظر عليهم امتهان مهن حرة معينة كالطب والمحاماة . غير أنه ينبغى أن يراعى ألا يكون اختلاف الحالة السياسية أو الجنسية بين الاشخاص سببا للحرمان من الحريات والحقوق الضرورية فى الحياة ، فيوجد حد أدنى من الحريات والحقوق — هى عادة الحريات العامة أو الحقوق للصيقة بشخصية الانسان وكل الحقوق اللازمة للحياة الطبيعية العادية — تقضى قواعد القانون الدولى العام بوجوب توفيرها وكفالتها للاجانب .

٢٧٠ — الجنسية الاصلية والجنسية الطارئة (١)

والحالة السياسية أو الجنسية ، اما أصلية أو أصلية للشخص بسبب ميلاده ومنذ هذا الميلاد ، واما مكتسبة أو طارئة تثبت للشخص من بعد ميلاده ولسبب آخر غير الميلاد .

أما الجنسية الاصلية ، فاما أن تفرض على أساس رابطة أو حق الدم (*jus sanguinis*) ، واما أن تفرض على أساس رابطة أو حق الاقليم (*jus soli*) . ومعنى فرض الجنسية على أساس رابطة الدم ، اعطاء الولد جنسية أبيه أساسا أو جنسية أمه أحيانا . ومعنى فرضها على أساس رابطة الاقليم ، اعطاء جنسية الدولة لن يولد على اقليمها . وظاهران الاساس الاول القائم على وحدة الاصل هو الطبيعى والاقوى بالقياس الى الاساس الثانى القائم على وحدة الاقليم ، ولذلك فان الالتجاء الى الاساس الثانى فى

(١) راجع فى ذلك بمسألة خاصة :

Niboyet, *Traité de droit international privé français*, 3e. éd., t I, 1947, Nos. 88 - 119.

فرض الجنسية الاصلية يكون عادة في الدول التي لا يسعها أساس وعدة الاصل في تكثير رعاياها .

ويأخذ المشرع المصرى كقاعدة عامة برابطة او حق الدم كأساس لفرض الجنسية ، بحيث يعتبر مصريا كل من ولد لآب مصرى (م ٢ - أولا من قانون الجنسية رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨) ، وذلك بصرف النظر عن محل ميلاده داخل مصر او خارجها . ولكنه يأخذ في حالات خاصة برابطة او حق الاقليم ، فيقرر مثلا اعطاء جنسية الدولة لن يولد في اراضيها من والدين مجهولين (م/٢ - ثالثا من القانون سالف الذكر) .

وأما الجنسية الطارئة بعد الميلاد ولغير سببه ، فهي التي تكتسب عادة عن طريق الزواج او التجنس . فكثر من الشرائع يقر اكتساب الزوجة الاجنبية جنسية زوجها اما اكسابا مطلقا أو مشروطا ، ويأخذ القانون المصرى بفكرة الاكساب المشروط (م ٣ - من القانون سالف الذكر) . وتبيح كل الشرائع ومن بينها القانون المصرى جواز منح الجنسية الى الاجانب بناء على طلبهم اذا توافرت شروط معينة ، فيكتسبونها اذن بالتجنس . ولكن الغالب أن لا يتمتع المتجنس فور تجنسه بكل حقوق الوطنيين ، فيحرم عليه التمتع ببعضها - وخاصة الحقوق السياسية - طوال فترة معينة من تجنسه ، وكذلك الشأن فيمن يكتسب الجنسية بالزواج (م ١٦ من القانون سالف الذكر) .

(٢) الحالة العائلية او القرابة

يقصد الحالة العائلية مركز الشخص في أسرة معينة كعضو فيها تربطه بباقي أعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الاصل ، وقد تربطه بأعضاء أسر أخرى كذلك رابطة من قرابة المصاهرة .

٢٧٠ - قرابة النسب

يقصد بقرابة النسب الصلة القائمة بين الاشخاص بناء على دم وأصل مشترك (م ٣٤ مدنى) سواء كانت قرابة مباشرة او قرابة حواش .

والقربة المباشرة هي التي تقوم على تسلسل عمودى بين من تجمعهم وحده الدم، أى هي «الصلة ما بين الأصول والفروع» (م ١/٣٥ مدنى) . أما **قربة الحواشي** ، فهي الصلة التي تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمودى بينهم ، أى دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر (م ٢/٣٥ مدنى) . وعلى ذلك فالقربة بين كل من الابن والاب (أو الام) والجد قربة مباشرة . اذ الاول فرع للثانى ، والثانى فرع للثالث . بينما تعتبر قربة حواش : القربة بين الاخ وأخيه ، وبين الشخص وعمه أو عمته أو أبناء عمه أو عمته ، أو بين الشخص وخاله أو خالته أو أبناء أخواله وخالاته ، فانه ان كان هناك أصل مشترك يجمعهم ، الا انه ليس أحدهم فرعاً أو أصلاً للآخر .

ويراعى فى حساب درجات القربة بنوعيهما وجوب اسقاط الأصل أو الأصل المشترك (على حسب الاحوال) دائماً ، واعتبار كل فرع فيما عدا ذلك درجة (م ٣٨ مدنى) (١) . ففى القربة المباشرة ، يعتبر الابن فى الدرجة الاولى من القربة لآبيه أو لأمه ، لان الابن فرع وهذه درجة والاب أو الام أصل فلا يحسب درجة ، وكذلك يعتبر ابن الابن فى الدرجة الثانية من القربة لجده (أو جدته) ، اذ يحسب ابن الابن درجة والابن درجة باعتبارهما فرعين فتلك درجتان ، ولا يحسب الجد (أو الجدة) باعتباره أصلاً . وفى قربة الحواشي يعتبر الاخ فى الدرجة الثانية لأخيه ، اذ هو درجة باعتباره فرعاً ، والاب لا يحسب درجة لانه الأصل المشترك بين الاخوين ، والاخ الآخر يحسب درجة لانه فرع . وكذلك يعتبر ابن العم قريباً من الدرجة الرابعة : فهو فرع فيحسب درجة ، ثم أبوه فرع كذلك فيحسب درجة هو الآخر ، ثم الجد ولا يحسب درجة لانه الأصل المشترك بين أبناء العم ، ثم ننزل الى الاب من ناحية الفرع الآخر فنحسبه درجة ، ثم ابنه فيحسب درجة كذلك ، فتلك اثنى أربع درجات .

(١) والحساب بهذه الكيفية هو نفس ما كانت تأخذ به محكمة النقض المصرية فى ظل التتبع القديم رغم عدم وجود نص فيه فى هذا الشأن . (نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٤٤ ، مجموعة مهر ، ج ٤ ، رقم ١٩١ ، ص ٤٥٢) . وهو يتفق كذلك مع المقرر فى القانون الفرنسى ، انظر : Carbonnier, Droit civil, t. I, 1962, No. 197, pp. 603-606.

٢٧١- قرابة المصاهرة

ينشئ الزواج قرابة بالمصاهرة بين الزوج وأقارب الزوج الآخر (م ٢٧ مدنى) ، ولكن دون أن تمتد هذه القرابة لتربط كذلك بين هؤلاء الأقارب وبين أقارب الزوج . وفى حساب درجة هذه القرابة ، تكون العبرة بدرجة قرابة النسب بين أحد الزوجين وأقاربه ، فيعتبر الزوج الآخر فى نفس درجة القرابة - ولكن بسبب المصاهرة - لهؤلاء الأقارب . ومن هنا ، فأخو الزوجة قريب من الدرجة الثانية بالمصاهرة للزوج ، وابن عمها قريبه بالمصاهرة من الدرجة الرابعة ، وأبو الزوج قريب بالمصاهرة من الدرجة الاولى للزوجة ، وهكذا . . .

٢٧٢ - أهمية القرابة

تبدو أهمية القرابة ، وخاصة قرابة النسب ، فى تحديد حقوق الشخص والتزاماته العائلية - بحسب مركزه فى الأسرة - قبل باقى أعضائها . فبوصفه أباً ، تجب عليه النفقة لاولاده ويكون له عليهم حق التأديب والولاية . وبوصفه ابناً ، عليه واجب الخضوع للسلطة الابوية وله على الاب حق التربية والنفقة . وبصفته زوجاً ، عليه واجب الاتفاق على الزوجة وله عليها حق التأديب والطاعة وأحياناً حق الطلاق . ويوصف الشخص زوجة ، عليها واجب الطاعة للزوج والقرار فى بيت الزوجية ولها حق المهر والنفقة . وبوصف الشخص أما أو جدة أو أختاً أو بنت أخت أو خالة أو أبا أوجداً صحيحاً أو أختاً أو ابن أخت أو عما ، يكون له - حسب مراتب الاولوية المقررة - حق حضنة الصغير (١) .

وتبدو كذلك أهمية القرابة ودرجتها - سواء كانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة - واضحة فى كثير من الاوضاع القانونية ، حين يعتد القانون بالقرابة فيحد - على أساسها - من مدى حقوق الافراد ونشاطهم القانونى .

(١) انظر فى الحضنة وأصحابها ومرتبتهم فى الشريعة الاسلامية :
عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الاحوال الشخصية ، ص ٢٩ وما بعدها .

ومن أمثلة ذلك منع الاخذ بالشفعة اذا وقع البيع بين الزوجين أو بين الاصول والفروع أو بين الاقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الاصهار لغاية الدرجة الثانية (م ١٣٩ — ب مدنى) . وكذلك اعتبار القاضى — بعدا به عن مواطن الشبهات — غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها — ولو لم يرده أحد الخصوم — اذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم الى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته أو لأحد اقاربه أو أصهاره على عمود النسب مصلحة فى الدعوى القائمة (م ١٤٦ مراقعات جديد) .

وتبدو أهمية القرابة كذلك فى شأن الزواج عند تحديد المحرمات من النساء ، سواء بسبب قرابة النسب أو قرابة المصاهرة (١) .

ولعل من أهم ما يترتب على القرابة الحق فى الارث والحق فى النفقة . غير أنه يراعى أن هذين الحقين لا يترتبان عادة على أساس قرابة المصاهرة ، وإنما يترتبان على أساس قرابة النسب وصلة الزوجية .

(٣) الحالة الدينية

٢٧٤ — اعتداد القانون المصرى بالحالة الدينية اعتداد استثنائى

قلنا ان الشرائع الحديثة فى مجموعها انما تنظر الى حالة الشخص السياسية والعائلية ، أى تنظر الى حالته من حيث انتمائه الى دولة معينة ، ومن حيث ارتباطه بأسرة معينة . غير ان بعض القوانين الحديثة ، ومنها القانون المصرى ، ما زالت تنظر فضلا عن ذلك — فى حالات استثنائية — الى حالة الشخص الدينية من حيث انتمائه الى عقيدة دينية معينة . ولعل مرد ذلك الى ما كان للحالة الدينية فى القديم من أهمية كبرى فى تحديد المركز القانونى للشخص ، اذ كان الانتماء الى الدين حينئذ بمثابة الانتماء اليوم الى الدولة برابطة الجنسية ، فكانت الحالة الدينية اذن تقوم مقام الحالة السياسية .

(١) راجع فى المحرمات من النساء فى الشريعة الاسلامية :

عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٩٢ — ١٠٥ .

فالمبدأ المسلم اليوم فى القانون الحديث انن هو احوال الحالة السياسية محل الحالة الدينية فى تحديد المركز القانونى للشخص واكتسابه للمقوق وتصله بالالتزامات ، مما ينفى كل اثر لاختلاف الدين فى تحديد مدى اهلية الوجوب بين الوطنيين ، غير أن هذا المبدأ العام يرد عليه فى القانون المصرى بعض استثناءات توضع الحالة الدينية فيها موضع اعتبار عند تحديد المركز القانونى للشخص ، اذ ما يزال سلطان الدين قويا فى نظر المجتمع المصرى . ولذلك يعطى هذا القانون للجماعات أو المجموعات الدينية المختلفة فيه قيمة اجتماعية أساسية تبرر التمييز بين الاشخاص — على الاقل فى نطاق محدود — بحسب انتمائهم كأعضاء الى مثل هذه الجماعات أو المجموعات المختلفة .

فما زان المصريون مثلاً — كما سلف البيان — يخضعون فى بعض مسائل الاحوال الشخصية لشرائعهم الدينية المختلفة ، مما يستتبع اختلاف مراكزهم القانونية وتفاوت تمتعهم بالحقوق والواجبات المتعلقة بهذه المسائل بحسب تفاوت الاديان بينهم . ومن ذلك ما تقرره الشريعة الاسلامية من عدم النواث بين مسلم وغير مسلم . وما تقرره كذلك للزوج المسلم من حق الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، بينما يقتصر حق غير المسلمين على الزواج من واحدة ، وما تحرمه الشريعة الاسلامية كذلك من زواج المسلمة بغير مسلم ، وما تبيحه للمسلم من زواج غير مسلمة من أهل الكتاب . غير أن هذه كلها حالات استثنائية لا تلقى المبدأ العام المقرر فى القانون المصرى من تساوى الوطنيين جميعا فى الحقوق والواجبات وعدم تأثير الحالة الدينية فى المركز القانونى للشخص .

المطلب الثانى

الاسم (١)

Le Nom

٢٧٥ — تحديد الاسم ، وأهميته ، وطرق اكتسابه

قلنا ان كل انسان يتمتع بشخصية فى نظر القانون . غير أن شخصية كل انسان يجب أن تتميز بوسيلة أو علامة معينة تفرق بينه وبين الناس ، فمن صالح الجماعة ومن صالح الاشخاص انفسهم وجود مثل هذه الوسيلة أو العلامة للتمييز بين الاشخاص وتعيين كل منهم بما يمنع اختلاطه واشتباؤه بغيره ، وهذه الوسيلة أو العلامة ان هى الا الاسم : فلكل شخص اثن اسم معين يعرف ويتميز به بين الاشخاص فى الجماعة .

وحينما نعرض للاسم باعتباره أحد مميزات الشخصية الطبيعية ، فانما نقصد الاسم بالمعنى الواسع الذى يشمل اللقب والاسم الخاص أو الشخصى معا ، ولا نقصد الاسم بالمعنى الضيق الذى يقتصر على الاسم الشخصى وحده (٢) . ويقصد عادة باللقب (Nom patronymique ou nom de famille) اسم الأسرة التى ينتهى اليها الشخص ، اذ يشترك فى حمل جميع أفراد الأسرة . أما الاسم الشخصى (Prénom) ، فهو الذى يضاف الى اللقب للتمييز بين افراد العائلة الواحدة الذين يحملون نفس اللقب . وبلك يكون الاسم — بالمعنى

(١) راجع فى ذلك بخلعة :

Capitant, op. cit., Nos. 128 - 132. — Nerson, thèse précitée, Nos. 9-16, pp. 30 - 46. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos 96 - 136, pp. 115 - 174. — Mazeaud, t. I, Nos. 531 - 566. — Marty et Raynaud, t. I, Nos. 944 - 966. — Ripert et Boulanger, t. I, Nos. 876 - 919.

وكتابنا مآلف الذكر ، نقرات ٢٨٦ — ٢٩١ ، ص ٧٥٠ — ٧٦٩ .

(٢) انظر فى استعمال المصطلح المصرى اصطلاح « الاسم » تارة بهذا المعنى وتارة بذاك :

م ٢٨ و ٥١ مدنى .

الواسع — علامة على الشخص وعلى الأسرة التى ينتمى اليها فى نفس الوقت (١) .

والاصل أن اللقب يلحق الشخص عن طريق النسب ، فيأخذ الولد لقب أبيه ولكن جرى العرف منذ قديم فى بعض الدول الغربية وخاصة فى فرنسا ، على أن تكتسب الزوجة حق حمل لقب زوجها بالزواج ، دون أن تفقد بذلك لقبها الاصلى الذى اكتسبته بالنسب (٢) . أما فى مصر ، فلا يلحق لقب الشخص زوجته (٣) .

وفى مصر ، لم يكن شائعا وجود القاب تلحق الاشخاص ، وانما كان الامر جاريا على أن يعرف الشخص باسمه الخاص مضافا اليه اسم أبيه أو اسم أبيه وجده . من أجل ذلك — وتحقيقا للضرورة الاجتماعية الملحة فى التمييز بين الاشخاص — عنى التقنين المدنى الحالى بفرض اتخاذ لقب الى جانب الاسم الخاص على كل شخص ، بحيث يلحق هذا اللقب اولاده (م ٣٨ مدنى) .

واذا كان النسب هو الطريق الطبيعى لاكتساب الاسم فقد لا يكون هو الطريق الوحيد . ففى الشرائع التى تجيز نظام « التبني » يأخذ الولد المتبنى لقب متبنيه . وكذلك فحيث يباح تغيير الاسم ، يوجد بذلك طريق أو مصدر آخر لاكتساب الاسم . بل وكذلك فاكتمساب اللقضاء مجزولى الابوين ما يطلق عليهم من أسماء لا يتأتى عن طريق النسب .

٢٧٦ — التكيف القانونى للاسم

اختلف الفقهاء فى الطبيعة القانونية للاسم ، وتراوحوا نظرتهم اليه بين اعتباره واجبا وبين اعتباره حقا . فمن نظر الى الاسم باعتباره واجبا ، رأى

(١) فى هذا المعنى :

Capitant, op. cit., No. 128, p. 171.

Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 110. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 948).

(٢) كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى ينص على أن لقب الشخص يلحق زوجته . ولكن حذف هذا النص فلم يظهر فى التقنين ، باعتبار أنه نظام غريب لم يعودوا المصريون (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٢٨ و ٢٢٩) .

فيه نظاما اداريا تفرضه الدولة على الاشخاص بقصد التمييز بينهم ومنع اختلاط بعضهم ببعض ضمانا لاستقرار المعاملات في المجتمع . ومن نظر الى الاسم باعتباره حقا، اما كيفه بأنه حق ملكية واما كيفه بأنه حق من حقوق الشخصية .

وواضح أن الاختصار على النظر الى الاسم باعتباره مجرد واجب أو وسيلة الزامية لتمييز الاشخاص ونظاما لالامن المدنى (institution de po.ice) (١) ، وان كان يبصر بما للدولة من صالح في فرض حمل اسم على كل شخص ، الا أنه يغفل ما لكل شخص كذلك من مصلحة جوهرية في تمييز ذاته وشخصيته ومنع اختلاط غيره به عن طريق الاسم ، تلك المصلحة التي تسوغ حماية القانون للاسم من كل اعتداء أو اغتصاب يقع عليه من جانب الغير دون توقف على ترتب ضرر من جراء ذلك ، وهو ما لا يتأتى الا عن طريق الاعتراف بالاسم كحق لصاحبه (٢) .

واما النظر الى الاسم باعتباره حق ملكية وهو مذهب القضاء العادى الفرنسى أساسا (٣) ، فهو وان كان يفضل النظر السابق بتغليب فكرة الحق في الاسم على فكرة الواجب وكفالة حماية أكبر له دون استلزام توافر ضرر محدد، الا أنه مع ذلك محل انتقاد كبير . اذ لا يستقيم وصف الحق على الاسم بأنه حق ملكية ، طالما لا تتوافر فيه خصائصها ، بل تثبت له عكس هذه الخصائص تماما . فالشيء محل الملكية — على ما هو مسلم منذ قديم في الفقه — لا يكون الا ماديا ، بينما الاسم ليس شيئا معنويا . وحق الملكية من الحقوق المالية الداخلية في الذمة المالية ، مما يستتبع اعتباره محلا للتقادم المكسب واعتبار الشيء محله داخلا في دائرة التعامل ، بينما حق الاسم — كما

(١) انظر في الإشارة الى انصار هذا الرأي :

Nerson, thèse précitée, note (3), p. 36.

(٢) انظر في انتقاد اعتبار الاسم واجبا كنظام للامن المدنى :

Capitant, No. 131, — Nerson, thèse précitée, No. 13. — Mazeaud, t. I, No 561.

(٣) راجع في الإشارة الى أحكام هذا القضاء :

Nerson, thèse précitée, notes 7, 8, 9, p. 39.

هو مسلم — من الحقوق غير المالية الخارجة عن الذمة ، بحيث لا يخضع للتقادم المكسب أو المسقط ويمتنع كذلك التعامل والتصرف فيه أو النزول عنه . ولا تشابه كذلك بين حق الاسم وحق الملكية من حيث الاستخلاف عليه باليراث ، فاللقب يلحق الابن باليلاد وقبل موت الاب بحيث يثبت لهما معا نفس الحق عليه في آن واحد (١) .

وأما التجاني بين حق الاسم وحق الملكية على هذا النحو ، اتجه الفقه الحديث في مجموعه (٢) نحو اعتبار حق الاسم حقا من حقوق الشخصية . وهذا التكييف السائد اليوم هو الواجب التأييد ، اذا نظر الى الاسم من ناحية كونه حقا لصاحبه . فهو يبصر بصرا صحيحا بطبيعة الاسم ، باعتباره علامة الشخصية المميزة ومظهر كيانها الذاتي المستقل ، وحدها العازل الفاصل بينها وبين ما تزخر به الحياة الاجتماعية من عديد الشخصيات المميزة الاخرى . من أجل ذلك ، كان الاسم ملازما للشخصية ولصيقا بها ، بما يجعل حق الشخص عليه حقا من حقوق الشخصية بالمعنى الدقيق (٣) .

غير أن تكييف الطبيعة القانونية للاسم على هذا الاساس وحده ، فيه اغفال لوجه آخر لهذه الطبيعة لا يقل أهمية عن الوجه المتقدم ، هو اعتبار الاسم كذلك واجبا من الواجبات تفرضه الدولة على الاشخاص مراعاة للمصالح العام وتحقيقا لاستقرار وأمن المعاملات ، وهو الوجه الذي لم يعبه فيما رأينا الا اقتصار بعض الفقهاء عليه بوصفه الوجه الوحيد للاسم . ذلك أنه ما دامت

(١) راجع ، خاصة ، في انتقاد تكييف الاسم بأنه حق ملكية :

Capitant, No. 131, p. 174. — Nerson, thèse précitée, No. 14, pp. 37, 38. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 114. — Mazeaud, t. I, No. 562. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, p. 1167.

(٢) انظر خاصة :

Capitant, No. 131. — Nerson, Nos. 11, 16. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 114. — Mazeaud, t. I, No. 565. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, p. 1177.

عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت ، مقرة ٢٢٥ . — شفيق شحاته ، مقرة ٤٢ .
— عبد الحى حجازى ، ص ٢٩ و ٣٠ . — شمس الدين الوكيل ، ص ٣٦ . — اسعيل غانم ، ص ١٦٥ .

(٣) انظر سابقا ، ص ٤٣٤ .

الاسماء هي الحدود الفاصلة بين الاشخاص ، فان الاكتفاء باعتبارها مجرد حقوق قد يزعزع هذه الحدود بكل ما يحمله ذلك من مخاطر تغيير الاسماء واختلاط الاشخاص والتحايل على القانون . فثبتنا لهذه الحدود وتاكيدا لاستقرارها ، ينبغي اعطاء الاسماء — فضلا عن وصف الحق الثابت لمصلحة الاشخاص أنفسهم — وصف الواجب المفروض كذلك على الاشخاص لصالح الدولة والمجموع .

ومن هنا نرى في الاسم طبيعة مزدوجة مركبة ، فهو حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية من ناحية ، وهو واجب يقع على عاتق كل شخص من ناحية أخرى (١) . ولازدواج طبيعة الاسم على هذا النحو اثره — كما سنرى — في تحديد خصائصه .

٢٧٧ — حماية الاسم

قد يقع اعتداء على الاسم من قبل الغير بالمنازعة فيه أو انتحاله لنفسه أو استعماله على أى وجه كان ، والمقصود بالمناعة اعتراض الغير دون مبرر على حق الشخص فى التسمي بالاسم الذى يحمله وفى استعماله اياه بالتالى ، أما الانتحال أو الادعاء فيقصد به تسمى الغير باسم شخص معين واستعماله اياه دون حق (٢) . فيثور التساؤل حينئذ عن كيفية حماية الاسم من مثل هذا الاعتداء .

(١) فى هذا المعنى :

Josserand, t. I, No. 219. — Planiol, Ripert et Savatier, *ibid.* — Marty et Raynaud, t. I, No. 955. pp. 1176, 1179.

شفيق شحاته ، فقرة ٤٣ . — عبد التعم مروج الصدة ، فقرة ٦٨ . — اسماعيل غانم ، الموضع السابق . — عبد المعصم البدرأوى ، فقرة ٣٥٨ من ٥٥٦ .

(٢) ولذلك يخرج من صور الانتحال حالة تشابه الاسماء وتطابقها تطابقا تاما ، نكل شخص يحل محل هذا الاسم المشابه المشترك ويسمعه انما يكون مسمعا لاسمه هو وبمقتضى حقه فيه ، فلا يعد منتحلا اسم الغير المطابق له حتى يملك هذا الغير منعه من استعماله . بل كل ما يملكه — اذا اراد نوتى المالك — أن يضيف الى اسمه ما يميزه عن سميته . ولكن اذا كان هذا الاخير يستغل تطابق الاسمين بها يعود بالضرر المادى أو المعنوى على الاول ، فيكون للضرر المطالبة بالتعويض وفق قواعد المسؤولية التقصيرية (انظر كتابنا مآلف الذكر ، ص ٧٦١) .

(م ٣٤ — المدخل الى القانون)

وقد كان من الطبيعي أن يجد الجدل حول التكييف القانوني للاسم صدها فيما يتعلق بحمايته . فظاهر أن القول باعتبار الاسم مجرد واجب أو نظام أمّن مدنى مفروض على الافراد لا يجعل للاسم حماية الا فى حال لحوق ضرر بصاحبه وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ، فلا يجوز له — فى حال تخلف الضرر — المطالبة برد ووقف الاعتداء الواقع على اسمه . ولعل الرغبة فى تنادى هذه النتيجة هى التى مهدت وروجت لاعتبار حق الشخص على اسمه حق ملكية ، ليتمكن بذلك صاحب الاسم — كما يتمكن المالك — من المطالبة برد ووقف أى اعتداء يقع على اسمه دون حاجة من جانبه الى اثبات وقوع ضرر ناجم عن ذلك (١) . غير أن حق الملكية لا يصلح — كما سبق البيان — تبريرا لحق الشخص على اسمه ، فهو فى واقع الامر حق من حقوق الشخصية . ولكن اعتباره كذلك يستتبع من حيث حمايته نفس الاثر الذى يستتبعه اعتباره حق ملكية ، فتجب له الحماية حيث يعتدى عليه دون توقف على اثبات ترتب ضرر محدد من جراء ذلك ، فحقوق الشخصية — كالحقوق عموما — مكفولة لذاتها فى حال الاعتداء عليها ، اذ لاصحابها مصلحة ظاهرة تبرر المطالبة بوقف هذا الاعتداء ولو لم يترتب عليه ضرر محدد (٢) .

وعلى هذا النحو، فوقوع الاعتداء على الاسم من قبل الغير بالانزعة فيه وانتحاله لنفسه معناه — والاسم هو علامة الشخصية المميزة — المساس بشخصيته وانكار ذاتيته وتعريضها أو احتمال تعريضها للاختلاط بغيرها ، وهو مايكتفى — دون تحصيل صاحب الاسم بعبء اثبات ترتب ضرر محدد (٣) — لتبرير حمايته بوقف مثل هذا الاعتداء . وبالإضافة الى ذلك، يبقى حقه قائما — اذا

Ripert et Boulanger, t. I, No. 997. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 116, p. 144. (١)

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٣٧ .

(٣) انظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، من وعلش «٢» ص ٧٥٩ .

وقرار : Mazeaud, t. No. 565

اثبت ترتيب ضرر محدد — فى المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد العامة . وبذلك يجمع صاحب الاسم (١) وسيلتين لحماية حقه من المنازعة أو الانتحال : الأولى ، هى المطالبة بوقف الاعتداء وذلك دون تعليق على وقوع ضرر محدد ، والثانية ، هى المطالبة بالتعويض وهذه لابد فيها من وقوع ضرر محدد جزاء المنازعة أو الانتحال .

وقد عنى المشرع المصرى بالنص صراحة على هاتين الوسيلتين فى صدد حقوق الشخصية بعامة (٢) والحق فى الاسم بخاصة (م ٥٠ و ٥١ مدنى) .

٢٧٨ — خصائص الاسم

إذا كان للاسم طبيعة مزدوجة تجعله حقا من حقوق الشخصية من ناحية وواجبا على الشخص من ناحية أخرى ، فإن كلا من هاتين الطبيعتين تسبغ على الاسم خصائص معينة نبينها فيما يلى :

(١) خصائص الاسم باعتباره حقا من حقوق الشخصية : يكتسب الاسم

— باعتباره من حقوق الشخصية — صفات الشخصية ، وهى عدم القابلية للتصرف والتقادم

١ — عدم القابلية للتصرف (inaliénabilité ou indisponibilité)

ما دام الاسم يعتبر علامة للشخصية ووسيلة للتمييز بين الأشخاص وتجنب الخلط بينهم ، فمن الطبيعى أن يكون لصيقا بالشخص وأن يتمتع لذلك التصرف فيه — سواء بين الأحياء أو لما بعد الموت بالوصية — أو تخويل الغير حق

(١) يبدو أهام ما للاسم كلقب من طبيعة مزدوجة فردية وعائلية ، أنه يجب تخويل كل فرد من أفراد الأسرة على حدة حق المطالبة بصلابة اللقب من أى منازعة أو انتحال من قبل الغير (انظر : I, No. 133, p. 178. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 116, pp. 145, 146. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, pp. 1177, 1178).

(٢) انظر سلفا ، ص ٢٦ ، و ٢٧ .

استعماله (١) . وهذه الخاصة التي يتصف بها الاسم تنفرع كذلك على مبدأ ثباته وامتناع تغييره بمحض الإرادة المطلقة (٢) .

ولكن اذا كان مبدأ امتناع التصرف في الاسم مبنيا على اعتبار الاسم العلامة المميزة للشخصية والحالة ومقصودا به تمييز الأشخاص ومنع الخلط بينهم ، فيجب أن يحدد مدى هذا المبدأ اذن بحود هذا الفرض . ولذلك حيث يستعمل الاسم في غير هذا الفرض ، فليس ثم ما يمنع حينئذ من التصرف فيه أو النزول عنه أو الترخيص للغير في استعماله (٣) .

ولذلك يمكن للشخص تخويل مؤلف الحق في اطلاق اسمه على أحد الأشخاص الخيالية في رواياته أو قصصه ، أو السماح للغير باستعمال اسمه كاسم مستعار أدبي أو فني (٤) .

وكذلك يكون للشخص الذي ينشئ مالا معيناً يحمل اسمه — كمثل تجارى نو علامة تجارية أو براءة اختراع — النزول للغير عن حق استعمال هذا الاسم لاستغلال هذا المال . اذ تكون للاسم حينئذ وظيفتان مختلفتان: تمييز الشخصية والحالة المدنية باعتباره اسما مدنيا من ناحية . وتمييز المحل أو العلامة أي البراءة باعتباره اسما تجاريا من ناحية أخرى . واذا كان مستحيلا النزول عن الاسم المدنى لاستحالة النزول عن تمييز الشخصية والحالة ، فمن الممكن النزول عن الاسم التجارى ما دام يتخذ وسيلة مميزة لبعض الاموال . وبهذا النزول ، يكون للمتنازل له استعمال الاسم كاسم تجارى محض وفى حدود

(١) ومع ذلك تعتبر محكمة النقض الفرنسية صحيحا اذن الزوج زوجته السابقة في الاستمرار في النسب بلقبه واستعماله بعد الطلاق . ويمكن تبرير ذلك ، في حال ما اذا كتلت الزوجة تمارس تحت هذا اللقب نشاطا ادبيا أو فنيا أو تجاريا معينا بحيث عرفت واكتسبت ثقة الجمهور في هذا النشاط به . اذ لا يعنى هذا الاذن تخويلها الاستمرار في استعماله كذلك كاسم مدنى كما كان عليه الحال وقت الزوجية ، وانما تخويلها مجرد استعماله بعد الطلاق كاسم مستعار أو اسم تجارى (في هذا المعنى ، — Mazeaud, t. I, p. 546 — كتابنا سالف الذكر ، هلمش ١٥٦ ص ٧٦٢) .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119, p. 148. — Marty et Raynaud, t. I, No. 956, p. 1180.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, ibid. — Mazeaud, t. I, No. 557

(٤) Nerson, No. 185, pp. 401, 402. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119, p. 149. — Mazeaud, ibid.

استغلال المحل أو العلامة أو البراءة ، ويستمر المتنازل حاملا له كاسم مدنى يميز شخصيته وحالته (١) .

٢ — **عدم القابلية للتقادم** (imprescriptibilité) : ما دام الحق فى الاسم لصيقا بالشخصية ، فمعنى ذلك أنه ليس من الحقوق المالية التى يرد عليها التقادم المسقط أو المكسب . ولذلك فانتحال شخص اسم شخص آخر لا يكسبه حقا فيه مهما طال مدة انتحاله واستعماله آياه (٢) . وعدم استعمال اللقب خاصة ، لا يفقد صاحبه ولا فروعه من بعده حق استعادته واستعماله مهما طال مدة اهماله . وواضح أن عدم القابلية للتقادم تقتصر على الاسم المدنى وحده باعتباره العلامة المميزة للشخصية والحالة . أما الاسم التجارى ، وثم قيمة مالية له ، فليس ما يمنع — والتصرف فيه جائز — من اكتسابه كذلك أن يفقده بالتقادم (٣) .

(٢) خصائص الاسم باعتباره واجبا : قلنا ان الاسم فضلا عن اعتباره حقا ، يعتبر كذلك واجبا . واعتباره واجبا يجعله فرضا محتوما على كل فرد من ناحية ، وغير قابل للتغيير والتعديل بإرادة صاحبه من ناحية أخرى .

١ — **ضرورة الاسم لكل شخص** : قلنا ان الصالح العام واستقرار وأمن المعاملات يفرض ضرورة تسمى كل فرد باسم معين — مكون من اسم شخصى ولقب — ليكون علامة مميزة لشخصيته وامانعا من اختلاطه بغيره من الافراد . ولذلك يعتبر الاسم من لوازم الشخصية وعلامتها الضرورية ، بحيث لا يتصور تخلفه عند احد من الافراد . ولهذا يوجب المشرع ، عند الاخطار بمولود ، ذكر اسمه ولقبه (٤) .

(١) انظر فى النزول عن الاسم التجارى :

Nerson, No. 185, p. 402. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119, pp. 149-141. — Marty et Raynaud, ibid.

(٢) انظر مع ذلك فى اعتداد القضاء الفرنسى — فى غير احوال الانتحال — بمائل المددة واستغلالها بما يجاوز قرنا من الزمان ، لاستخلاص اكتساب حق فى الاسم : كتابنا مالك الذكر ، مابش « ٢٢ » ص ٧٦٢ .

Mazeaud, t. I, No. 558, p. 541. (٣)

(٤) م ١٨ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالاحوال المدنية .

٢ — ثبات الاسم وعدم تغييره بمحض الإرادة واستقلالها : اعتبار الاسم واجبا يجعله غير قابل للتغيير والتعديل بمحض ارادة الشخص وحده ، والا انقلب الغرض من فرضه وكثر فى شأنه الادعاء والانتحال وشاع الاختلاط بين الاشخاص ، مما ينعكس أثره السى على استقرار المعاملات فى الجماعة . من أجل ذلك ، يجب أن يخضع تغيير الاسم لاجراءات معينة تضمن جدية التغيير المطلوب وحماية الغير مما قد يكمن وراء هذا التغيير من تحايل أو انتحال

والاعتبارات التى قد تدعو الى تغيير الاسم وتعديله كثيرة ، كالاشتهار فى الجماعة بغيره من الاسماء ، أو الرغبة فى تفادى ما يسببه الاسم لصاحبه من عنت وحر ج اذا كان فيه ما يحمل على الهزاء والسخرية ، أو الرغبة فى مسابقة تغيير صاحبه لديه . وقد يكون التغيير ضربا من التصحيح ، عند وقوع خطأ فى تحرير الاسم عند قيده .

ومنع ارادة الشخص من الاستقلال بالتغيير ، يقتضى تدخل سلطة عامة مختصة لرقابة جديته وللتأكد من سلامة الغرض منه وعدم اضراره بالغير ، سواء كانت سلطة ادارية ، أو سلطة قضائية عن طريق المحاكم على اختلاف فى ذلك بين الشرائع . والمشرع المصرى يكل اليوم (١) أمر ذلك الى المحاكم (٢) ، فيما عدا تصحيح الأخطاء المادية الذى يجعله من اختصاص الجهة الادارية المختصة وهى مصلحة الاحوال المدنية (٣)

٢٧٩ — اسم الشهرة والاسم المستعار

قد يعرف الشخص باسم آخر مخالف لاسمه الاصلى ، سواء كان هذا الاسم الطارىء « اسم شهرة » (Surnom) يخلعه عليه الجمهور عموما بما

(١) أنظر فى تطور أنظمة اجراءات تغيير الاسم فى القانون المصرى قبل ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٦٥ و ٧٦٦ .

(٢) لا يتم التصحيح أو التغيير الا بحكم قضائى يصدر من المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها مكتب السجل المدنى المقيد فيه الاسم (م ٣٦ / ١ من قانون الاحوال المدنية) .

(٣) يجرى التصحيح أمين السجل ، ويعتده مفتش السجل المختص (م ٣٦ / ٢ من قانون الاحوال المدنية) .

يستوعب كامل شخصيته ونشاطه ، أو كان من قبيل « الاسم المستعار » (pseudonyme) الذى يختاره الشخص ويخلعه على نفسه فى بعض نواح محددة من نشاطه كالنشاط الأدبى أو الفنى دون أوجه نشاطه الأخرى (١) .

وإذا كان اسم الشهرة لا يخضع من حيث إطلاقه لتحديد وتنظيم معين لانه يصدر عن الجمهور وما تجرى به عادته ، فواضح أن الاسم المستعار على خلاف ذلك يجب أن تقيد حرية صاحبه فى اختياره حماية للغير ومنعا للفسح . فحرية اختيار الاسم المستعار تقتيد بداهة باحترام اسم الغير وتجنب انتحاله ، ولذلك يكون للشخص أن يطالب بمنع غيره من اتخاذ اسمه اسما مستعاراً له (٢) ، لما يحمله ذلك من معنى وقوع أو احتمال الخلط بين الشخصين . ومع ذلك ، فالقضاء الفرنسى يترخص فى حماية الاسم المستعار ولو كان مطابقاً لاسم شخص آخر إذا كان قد مضى على استخدام الاسم المستعار وقت طويل تاكد به وجه من أوجه نشاط صاحبه - كالنشاط الأدبى - واكتسب ثقة الجمهور تحته (٣) ، اعتداداً باكتساب صاحبه شهرة معينة فى هذا الوجه من النشاط تحته وامتناع المنازعة فيه من ذوى الشأن طوال هذه المدة . ولكن لا يجب تأييد هذا القضاء على إطلاقه (٤) . فينبغى أن لا يكتفى بعامل مضى المدة واكتساب الشهرة تحت الاسم المستعار طوالها لتبرير حمايته ، بل يجب أن يعتد أساساً - فضلاً عن ذلك - بترقب أو عدم ترقب خلط بين الشخصين وبحسن أو سوء نية صاحب الاسم المستعار . فإذا كان الاصل أن مثل هذه الخلط يكون غير محتمل نظراً لاختصار الاسم المستعار على وجه من أوجه نشاط صاحبه ، إلا أنه مع

(١) انظر فى التفرقة بين اسم الشهرة والاسم المستعار :

Planiol, iRpert et Savatier, t. I, No. 129. — Marty et Raynaud t. I, No. 960.

(٢) إلا أن يرخس له فى ذلك ، انظر سابقاً ، ص ٥٣٢ .

(٣) Paris, 18 Juillet 1949, cité par Mazeaud, t. I, p. 551

وانظر سابقاً ، ص ٤٢٨ .

(٤) قارن مع ذلك :

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 130. — Marty et Raynaud, t. I, No. 961. — Mazeaud t. I, No. 564.

ذلك متصور اذا كان صاحب الاسم الاصلى يمارس نفس الوجه من النشاط تحته . وكذلك اذا كان الغالب أن صاحب الاسم المستعار يجهل مطابقته لاسم اصيل لشخص آخر مما يزيد فى تبرير حمايته ، فتبدو هذه الحماية غير واجبة اذا كان يعلم بهذه المطابقة ، وخاصة اذا كان ينجم عنها خلط بين الشخصين .

وعلى أى حال ، فاذا كان للشخص اسم شهرة أو اسم مستعار ، فإن القانون يحمى حقه فى استعماله بمنع المنازعة فيه أو انتحاله . فيكون لصاحبه أن يقتضى من الغير تعيينه باسم الشهرة مضافا الى اسمه الاصلى ، أو بالاسم المستعار وحده فى وجه النشاط الممارس تحته وخاصة اذا كان مقصودا به ستر الاسم الحقيقى . ويكون له كذلك المطالبة بمنع الغير من استعمال أو انتحال اسم شهرته أو اسمه المستعار كاسم مستعار لنفسه ، أو على الاقل بالتعديل فيه بما يمنع كل احتمال للاختلاط بينهما (١) .

ولكن يراعى أن اسم الشهرة والاسم المستعار - على خلاف الاسم الاصلى تكون له صفة فردية مقصورة على صاحبه ، فلا يكتسبه اولاده وفروعه بالنسب (٢) .

٢٨٠ - الاسم التجارى

قد يستخدم التاجر اسما يمارس تحته التجارة ويكون مميزا لمحله التجارى ، وهو ما يطلق عليه « الاسم التجارى » (Le nom commercial) ، ويدخل فى تكوينه الاسم المبنى كعنصر أساسى اذا كان التاجر فردا (٣) .

وما دام الاسم التجارى على هذا النحو ليس علامة مميزة للحالة وللشخصية فى ذاتها ، بل للنشاط التجارى للشخص بحيث يعتبر من عناصر ومقومات محله

(١) Plantol, Ripert et Savatier, t. I, No. 131. — Marty et Raynaud, t. I, No. 962.

(٢) Marty et Raynaud, ibid.

(٣) مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، ج ١ ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، نكرة ٩٩٧ .

التجارى . فثبت له — كالمحل التجارى — صفة مالية ، مما يباعد بينه فى الخصائص وبين الاسم المدنى الذى يعتبر لصيقا بالشخصية ولذلك يكون — على خلاف الاسم المدنى — قابلا للتصرف وللتقادم (١) .

ولكن اذا كان الاسم التجارى قابلا للتصرف باعتباره عنصرا من عناصر المحل التجارى ، فان ذلك يفرض النظر اليه باعتباره غير منفصل عن هذا المحل ، مما لايجوز معه التصرف فيه تصرفا مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى المخصص له (٢) ، وهو ما يؤدى كذلك الى حماية الجمهور من اللبس والفضليل (٣) .

واذا كان للمتصرف اليه حق استعمال الاسم التجارى ، فواضح أن استعماله له قاصر على حدود الغرض منه كعلامة مميزة للمحل التجارى تجتذب ثقة جمهور معين من العملاء . وتاكيدا لذلك ومنعا للاختلاط بين المتصرف اليه الذى يستعمل الاسم التجارى فى هذه الحدود وبين المتصرف الذى يبقى حاملا لنفس الاسم — أو للعنصر الاساسى فيه — كاسم مدنى، يجب أن يضاف الى الاسم التجارى ما يفيد منع هذا الاختلاط كسبقة أو اردافه بكلمة «خلف» أو «خلفاء» أو «محل سابق» . ويمتنع على الخلف المتصرف اليه التوقيع بالاسم التجارى فى غير شئون التجارة المتعلقة بالمحل ، بل والتوقيع باسم سلفه التجارى وحده دون اضافة فى هذه الشئون (٤) .

(١) فى هذا المدنى :

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119. — Mazeaud, t. I, Nos. 557, 558.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرات ٩٩٣ و ٩٩٤ .
وانظر سلفا ، ص ٥٢٢ و ٥٢٣ .

(٢) م ٨ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بالاسماء التجارية .
وانظر فى ذلك : اكرم الخولى : مقنون التجارة اللبنانى المقارن ، ١٩٦٦ ، نقرة ٣٢١ ، ص ٣٩٤ و ٣٩٥ .

(٣) مصطفى كمال طه ، نقرة ١٠٠٨ .

(٤) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 119, D. 150. —
Mazeaud, op. cit., t. I, No. 557.

وقرب : مصطفى كمال طه ، الموضع السابق .

وينبغى تقييد حق المتصرف اليه بما يمنع تعسفه في استعمال الاسم التجارى الذى يظل ثابتا لسلفه المتصرف كاسم مدنى ، سواء بما يشين سمعة هذا السلف أو بما يثير الخلط بينهما (١) .

وعلى أى حال ، فالتقنون يحىى الاسم التجارى ويحول صاحبه حق المطالبة بوقف المنازعة فيه أو انتحاله من قبل الغير مع التعويض عما يترقب على ذلك من ضرر . وإذا كان الاصل أن لكل شخص الحق في أن يتخذ من اسمه المدنى اسما تجاريا يمارس تحته تجارته ويميز محله دون أن يملك الغير الذى له اسم تجارى مطابق سابق منعه من ذلك ، إلا أن من الواجب الزامه باضافة ما يفيد التمييز بين الاسمين منعا للخلط وتوقيا من المنافسة غير المشروعة (٢) .

المطلب الثالث

(٣) الموطن

Le domicile

٢٨١ — أهمية الموطن وتقسيمه

إذا كانت الحالة تحدد مركز الفرد بالنسبة الى الدولة والاسرة وأحيانا الى الدين . والاسم يتيح التعرف على ذاته ومنع اختلاطه بغيره من الافراد ، فان الموطن يتيح العثور على مقره ومكانه . فالقصد بالموطن المقر القانونى للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانونى وعلاقاته مع غيره من الاشخاص ، بحيث يعتبر موجودا فيه على الدوام ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة . والموطن ، على هذا النحو ، يفترق عن « محل الوجود » (la demeure) الذى قد يوجد فيه الشخص بصفة عارضة مؤقتة ،

(١) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 151.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 150.

مصطفى كمال طه ، فقرة ١٠٠٦ . — أكرم الخولى ، فقرة ٢٢٢ ، ص ٣٩٨ .
وانظر كذلك المادة ٣ من تقنون الاسماء التجارية .

(٣) راجع في ذلك خامسة :

Capitant, Nos. 102 - 110. — Josserand, t. I, Nos. 223 - 242. — Nerson, Nos. 17 - 21. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 137 - 173. — Mazeaud, t. I, Nos. 567 - 590. — Marty et Raynaud, t. I, Nos. 967 - 984.

كفندق يقيم فيه شخص على سفر بضعة أيام ، بحيث لا يمكن اعتباره في نظر القانون مقرا ثابتا في علاقاته مع غيره من الأشخاص .

وتبدو أهمية وجود موطن للشخص في أنه يصبح المقر الذي يعتد القانون بكل ما يتم أو يوجه اليه فيه خاصا بعلاقاته ونشاطه القانوني . فالأوراق القضائية مثلا تعلن الى الشخص في موطنه (م ١٠ مرافعات جديد) ، والدعاوى الشخصية يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه (م ٤٩ مرافعات جديد) ، وشهر الإفلاس يكون من اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدين التاجر (م ١٩٧ تجارى) ، والوفاء بالالتزامات التى ليس محلها شيئا معينا بالذات يكون في المكان الذى يوجد فيه موطن المدين (م ٢٤٧ مئى) .

والوطن أما موطن عام وأما موطن خاص . ويقصد بالموطن العام المقر الذى يعتد به القانون بالنسبة الى نشاط الشخص وأعماله وعلاقاته بوجه عام . أما الموطن الخاص فيقصد به المقر الذى يعتد به القانون في شأن بعض علاقات أو أعمال أو أوجه نشاط معينة للشخص على وجه التخصيص . فنعرض أولا للموطن العام ، ثم للموطن الخاص وأنواعه .

§ ١ — الموطن العام

Le domicile général

٢٨٢ — تراوح تحديد الموطن العام بين الاختيار والالتزام

قلنا أن الموطن العام هو المقر القانونى للشخص الذى يعتد به في شأن نشاطه ومعاملاته بوجه عام دون تخصيص أو تعيين . والاصل أن الشخص يختار بارادته المكان الذى يعطيه القانون صفة الموطن العام ، فاذا كان القانون مثلا يعتبر الموطن العام هو محل الإقامة العادية المستقرة ، فإن الشخص هو الذى يتخير بارادته المكان الذى يقيم فيه بصفة عادية مستقرة . غير أن الموطن العام ليس دائما اختياريا فقد يفرض القانون استثناء لبعض الأشخاص موطنًا

عاما لا دخل لارادتهم فى اختيار مكانه • فنعرض للموطن الارادى أو الاختيارى
ثم للموطن القانونى أو الالزامى •

٢٨٢ — الوطن الارادى أو الاختيارى

(١) **التصوير الواقعى والتصوير الحكى (١) :** تختلف الشرائع فى تحديد
الموطن العام الارادى أو الاختيارى تبعا لاختلافها على تصويره • وفى هذا
الصدد نجد تصويرين رئيسيين للموطن : تصوير واقعى ، وتصوير حكى •
أما التصوير الواقعى فيعتد بالواقع فى العمل من وجود اقامة فعلية مستقرة
للشخص ، فيحدد الوطن بأنه محل الإقامة المعتادة المستقرة • وأما التصوير
الحكى فيفصل بين الوطن والإقامة الفعلية ، ويقيم — دون اعتداد بحقيقة
الواقع — رباطا صناعيا مفروضا بين الشخص ومكان معين يتحدد عادة اما
بمحل الميلاد واما بالمركز الرئيسى لاعماله ولو لم يقيم فيه اقامة معتادة • ويترتب
على اختلاف تحديد الوطن وتصويره على هذا النحو أو ذاك نتائج بعيدة المدى
من حيث ضرورة الوطن ، ومن حيث وحدته أو تعدده •

١ — **من حيث ضرورة الوطن :** يحتم التصوير الحكى أن يكون لكل شخص
موطن ، اذ هو يقيم صلة صناعية مفروضة بين الشخص وبين مكان معين •
فمثلا فى القانون الفرنسى اذا لم يختار الشخص عند بلوغه سن الرشد مركزا
رئيسيا للاعمال يكون موطنه له ، فبفترض أنه ظل محتفظا بموطنه الاصلى أى
موطن والديه أو موطن وصيه ، ولو كانت كل صلة له به منقطعة (٢) ، اذ لا
يتصور فى هذا التصوير وجود شخص دون موطن • أما التصوير الواقعى ،
فهو على العكس من ذلك يسلم بإمكان انعدام الوطن ، ذلك أنه مؤسس على

(١) انظر فى ذلك :

Josserand, op. cit., t. I, No. 226, 238. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 569, 570.

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 160. — Mazeaud, t. I, (٢)
No. 573. — Marty et Raynaud, t. I, No. 981.

الاقامة العادية المستقرة ، فاذا تخلفت فى الواقع هذه الاقامة لدى شخص من الاشخاص ، لا يكون له موطن ما .

٢ - من حيث وحدة الوطن أو تعدده : فى التصوير الحكمى لا يكون الوطن الا واحدا ، لان تحديد الوطن فيه بالمركز الرئيسى لاعمال الشخص يجعل من المستحيل وجود أكثر من موطن واحد ، لان المركز الرئيسى - حتى بين مراكز متعددة - لا يتصور الا أن يكون دائما واحدا (١) . أما فى التصوير الواقعى فليس من الحتم أن يكون الوطن واحدا ، بل يتعدد موطن الشخص بتعدد محال اقامته العادية المستقرة .

(٢) تقدير التصويرين : هذان هما التصويران المتقابلان فى شأن تحديد الوطن . ورغم ما يحققه التصوير الحكمى من فوائد ثبات الوطن نتيجة عدم تغير مركز الاعمال الا نادرا على خلاف ما يصيب محل السكن والاقامة من تغير مستمر (٢) ، فظاهر ما فى هذا التصوير الحكمى من افتراض وتحليل مخالف للواقع (٣) . فضلا عن أن الاخذ به أصبح عسيرا فى العصر الحديث الذى كثرت فيه الاعمال وتشعبت وتعددت مراكزها بحيث بات يستعصى فى كثير من الاحيان الوقوف على المركز الرئيسى من بينها (٤) . ولذلك انتهى التصوير الحكمى الى نتائج غير مقبولة فى العمل ، بافتراضه وحدة الوطن رغم ما تد بوجود فى الواقع من تعدده ، ورغم ما قد يجره هذا الافتراض من التضليل بالغير حسنى النية ، وبافتراضه ضرورة الوطن لكل شخص واضطراره فى سبيل ذلك الى انكار الواقع والزعم ببقاء الشخص محتفظا بموطنه الاصلى عند انعدام مركز رئيسى لاعماله رغم انقطاع كل صلة له به (٥) ، ورغم وجود

Planiol, Ripert et Savatier, No. 141. — Marty et Raynaud, (١)
No. 984. — Ripert et Boulanger, No. 926.

Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 669. (٢)

Mazeaud, t. I, No. 569. (٣)

Josserand, t. I, No. 236 (٤)

Mazeaud, ibid. (٥)

أشخاص كالבוهميين ليس لهم فى الواقع أى نوع كان من الوطن حتى ولا موطن أصلى اكتسبوه عن آبائهم(١) .

أما التصوير الواقعى للوطن ، فـرغم عدم ثباته ثبات الوطن فى التصوير الحكيم نتيجة ما قد يتعرض له محل الإقامة والسكن من تغيير مستمر ورغم ما قد يشجع عليه من تعمد هذا التغيير فى أى لحظة للتهرب من حكم القانون أو مطالبات الغير(٢) ، إلا أنه يمتاز بأساسه الواقعى ونتائجه العملية . فهو من ناحية يربط الوطن بالإقامة الفعلية المعتادة وهو ما يتفق مع الواقع والمنطق ، وهو من ناحية أخرى يسلم بما هو واقع فى العمل من إمكان تعدد الوطن أو انعدامه .

(٣) موقف القانونين المختلفة من التصويرين : تختلف القوانين فى الانحياز الى أحد التصويرين دون الآخر . وقد كان القانون الفرنسى — من مطلع القرن الماضى الى اليوم — المثل البارز على الشرائع التى تأخذ بالتصوير الحكيم للموطن ، فقد حددته بأنه المركز الرئيسى لأعمال الشخص ونشاطه . غير أن القضاء الفرنسى — أمام مجافاة هذا التصوير للواقع وما يستتبعه من نتائج غير عملية — مالبث أن خرج عليه وعلى ما يقرره من مبدأ وحدة الموطن خاصة ، فأقام نظرية « الموطن الظاهر » (Le domicile apparent) (٣) ، التى بمقتضاها يصح إعلان الشخص بالأوراق القضائية فى الموطن الظاهر للناس على أنه موطنه وهو عادة محل سكنه وإقامته ، كما يصح اختصاصه أمام المحكمة الواقع فى دائرتها هذا الموطن ، مادام المعلنون أو المختصمون حسنى النية مخدوعين فى هذا الموطن الظاهر بحيث ظنوه موطنه الحقيقى أى المركز الرئيسى لأعماله ، أو عاجزين عن تحديد هذا المركز الرئيسى .

Planiol, Ripert et Savatier, No. 140. — Ripert et Boulanger, (١)
t. I, No. 923. — Marty et Raynaud, No. 981.

(٢) فى هذا المعنى :
Mazeaud, No. 591, p. 557

(٣) انظر فى ذلك :
Colin, Capitain et De La Morandière, No. 969, pp. 515, 516. —
Planiol, Ripert et Savatier, No. 164. — Mazeaud, No. 587.

ويتبع القانون المدني الالمانى التصوير الواقعى للموطن اذ يحدده بمحل الإقامة المعتادة للشخص ويجوز تعدده (م ٧) . وكذلك تفعل الشريعة الاسلامية ، اذ يقرر بعض فقهاءها انه «يجوز أن يكون الوطن الاصلى واحدا أو أكثر من ذلك ، بأن كان (للشخص) أهل ودار فى بلدين أو أكثر ، ولم يكن من نية اهله الخروج منها وان كان هو ينتقل من أهل الى أهل فى السنة ، حتى انه لو خرج مسافرا من بلدة فيها اهله ودخل فى اية بلدة من البلاد التى فيها اهله ، فيصير مقيما من غير نية الإقامة(١) » .

ويبدو أن ظهور افضلية التصوير الواقعى على التصوير الحكمى للموطن ، بدأ يحول الاتجاه نحوه فى المشروع التمهيدى لتقنين القانون الفرنسى الحالى(٢) .

(٤) أخذ القانون المصرى بالتصوير الواقعى : رغم أن موقف القانون المصرى فى ظل التقنيات القديمة كان مبهما فى شأن تحديد الوطن وأن الاتجاه الغالب فى القضاء المصرى حينئذ كان يأخذ بالتصوير الحكمى له مع الخروج على مقتضاه فى بعض الحالات(٣) ، الا أن المشرع المصرى - استجابة للحاجات العملية ، واتساقا مع المبادئ المقررة فى الشريعة الاسلامية ومع الاتجاهات الحديثة فى الفقه والتشريع المعاصر - قد انحاز صراحة فى التقنين المدني الحالى الى التصوير الواقعى للموطن ، بنصه على أن « الوطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » (م ٤٠ - ١) .

والمقصود بالاقامة المعتادة الإقامة الفعلية بصفة مستمرة . وبذلك يميز الوطن عن مجرد الوجود أو السكن غير المصحوب بالاستقرار . وليس يقصد بالاستقرار استمرار الإقامة واتصالها دون انقطاع ، وانما يقصد به

١ . للكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ١ ، ص ١٠٣ - ١٠٥ ، يشار اليه فى مجبومة الامم ، التفسيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٢٤٢ .

(٢) راجع فى مناقشات لجنة التقيح التى وضعت المشروع فى هذا الصدد :

Travaux de La Commission de réforme du code civil, année 1950 - 1951, pp. 121 et s.

وانظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٧٦ ، وهابش « ١ » ص ٧٧٦ و ٧٧٧ .

(٣) راجع فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٧٧ و ٧٧٨ .

استمرارها على وجه يتحقق معه وصف الاعتیاد ولو تخللتها فترات غيبة وقتية متباعدة أو متقاربة (١) . فالمعبرة اذن ، في تحديد المواطن ، يجب أن تكون بما تدل عليه ظواهر الحال من نية الاستقرار في الإقامة (٢) .

وقد رتب المشرع المصرى على هذا التصوير الواقعى للمواطن نتائج المنطقية من امكان تعدده وعدم لزومه لكل شخص فنص على أنه « يجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما » (م ٢/٤٠ مدنى) . ومن هنا فكما تعددت محال الإقامة المعتادة المستقرة للشخص كلما تعدد موطنه العام ، بحيث يكون له موطن عام فى كل هذه المحال ، كشخص متزوج بأكثر من واحدة ويقیم مع كل منهن إقامة معتادة فى مكان منفصل ، وكشخص یقيم اقالة معتادة فى الريف واحدى المدن معا (٣) . وكذلك يتصور انعدام المواطن حيث لا يوجد للشخص محل إقامة معتادة مستقرة (٤) ، كالبدو الرحل الذين لا یقرون فى مكان معين .

٢٨٤ — المواطن القانونى أو الاثرى

إذا كان الاصل أن الشخص هو الذى یحدد بارادته المكان الذى یسبغ علیه القانون صفة المواطن العام ، ثم استثناء یرد على ذلك ، اذ قد يقوم القانون بتعيين المكان الذى یعتبر موطننا عاما بالنسبة لبعض أشخاص یلحقهم وصف معين ، فیکون موطنهم قانونيا لا اراديا لان القانون ينسب اليهم دون توقف على

(١) فى هذا المعنى . بذكره الإيضاحية للمشروع التیهىء للتقنين المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الاموال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٢ .

(٢) أنظر نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى لاحكام محكمة النقض ، السنة السادسة ، رقم ٤٢ ، ص ٣٣٦ .

(٣) المذكرة الإيضاحية ، مجموعة الاموال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٢ .

(٤) وإذا كانت هذه النتيجة تتفق مع التصوير الواقعى للمواطن ، فان أغلب التشريعات التى تأخذ به تنفادى مواهبها بتقرير اعتبار المواطن حينئذ هو محل الوجود . ولم یقرر المشرع المصرى قاعدة عامة فى هذا الشأن (أنظر فى انتقاده ، عبد الحى حجازى ، ص ١٤٧ . — شمس الدین الوکیل ، ص ٤٢) . ولكنه یقرر فى صدد اعلان أوراق المخرجين أنه « اذا كان موطن المعلن اليه غير معلوم ، يجب أن تشمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى الجمهورية العربية المتحدة او فى الخارج ، وتسلم صورتها الى النيابة » (م ١٣ / ١٠ مرافعات جديدة) . ویقرر كذلك فى صدد الاختصاص أنه « اذا لم یکن للبذعى عليه موطن ولا محل اقالة فى الجمهورية العربية المتحدة ، ولم یتمیز بتعيين المحكمة المختصة على موجب الاحكام المتقدمة ، یكون الاختصاص للمحكمة التى یقع فى دائرتها موطن الادعى أو محل اقالته . فان لم یکن له موطن ولا محل اقالة كان الاختصاص لمحكمة القاهرة (م ٦١ مرافعات جديد) .

ارادتهم في تحديد مكانه ، ويكون الزاميا لا اختياريا لان القانون يفرضه عليهم دون اختيارهم . والموطن القانوني أو الالزامي هو الخاص بعديمي الاهلية ونقصيها بسبب صغر السن ، وبالمحجور عليهم بسبب عوارض الاهلية من جنون وعته وسفه وغفلة ، وبالمفقودين والغائبين ممن تمنعهم ظروف فقدهم وغيبتهم من رعاية شئونهم ومباشرة التصرفات القانونية لحسابهم ، فهؤلاء الاشخاص يفرض لهم القانون — بالنظر الى صغر سنهم أو عوارض اهليتهم أو فقدهم أو غيبتهم — موطننا الزاميا هو موطن من ينوب عنهم في مباشرة التصرفات القانونية من أولياء أو أوصياء أو قوام أو وكلاء : ولذلك تقرر المادة ١/٤٢ من التقنين المدني أن « موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب ، هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا » .

ولكن ليس لغير هؤلاء موطن قانوني أو الزامى . ولذلك فالزوجة اذا لم تكن قاصرا بحيث يفرض عليها موطن الزامى هو موطن وليها أو وصيها ، يتحدد موطنها العام تحديدا اراديا بمحل اقامتها المعتادة المستقرة . ولما كان الغالب أن تكون هذه الإقامة مع زوجها في مكان واحد فان موطنها يكون حينئذ هو موطنه ، لا باعتباره موطننا الزاميا لها وانما باعتباره هو محل اقامتها المعتادة فعلا . ولذلك ليس ما يمنع من أن يكون للزوجة موطن مختلف عن موطن الزوج ، اذا كنت اقامتها المعتادة — لسبب من الاسباب — في غير مكان الإقامة المعتادة لزوجها (١) . وكذلك ليس للخادم موطن الزامى هو موطن مخدمه ، وانما يتحدد موطنه تحديدا اراديا بمحل اقامته المعتادة التي قد تكون — على حسب الاحوال — في محل مستقل به أو في نفس مسكن المخدم أو ملحقاته .

وهذا الموطن القانوني أو الالزامي — كما هو ظاهر — موطن حكى . إذ لا يعتد القانون في شأنه بمحل الإقامة المعتادة للقاصر أو المحجور عليه أو المفقود

(١) في هذا المعنى :

شفيق شحله ، فترة ١١٢ . — عبد الحى هجازى ، ص ١٤٩ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فترة ٢٦٥ .

(م ٢٥ — المدخل الى القانون)

أو الغائب كما يقضى الاصل ، وإنما يعدد بموطن من ينوب عنه قانونا أى بمحل الإقامة المعتادة لوليه أو وصيه أو القيم عليه أو وكيله ، وقد يكون غير محل إقامة القاصر أو المحجور ، ويكون حتما غير محل إقامة المفقود أو الغائب . وقد راعى المشرع فى ذلك صالح القصر والمحجورين والمفقودين والغائبين نظرا لانهم لا يباشرون شئونهم أو نشاطهم الارادى بأنفسهم بل يباشرونها من ينوب عنهم قانونا ، مما يوجب - مواجهة للواقع وتيسيرا للامور - الاعتداد فيما يخصهم بموطن هذا النائب المتعامل مع الغير باسمهم ولحسابهم .

وإذا كان أساس فرض الموطن القانونى أو الالزامى هو انعدام أهلية الشخص أو نقصها أو غيبته أو فقدته ، فإن وجوده أو بقاءه مفروضا عليه يكون مرتبنا اذن بتوافر أو استمرار هذا الاساس . ولذلك ، فحيث يعترف القانون للقاصر أو المحجور بأهلية أداء كاملة فى صدد بعض تصرفات معينة ، تنتفى الحكمة - فى شأن هذه التصرفات وحدها - من فرض الموطن القانونى أو الالزامى ، ولذلك سنرى أنه يثبت للقاصر أو المحجور - فى شأنها - موطن خاص يتحدد فى الاصل بمحل إقامته المعتادة ، بينما يبقى موطنه العام فيما عداها - حيث تكون أهليته منعدمة أو ناقصة - موطنا الزاميا محددا بمحل إقامة وليه أو وصيه أو القيم عليه . وكذلك إذا زال سبب فرض الموطن القانونى أو الالزامى ، بأن بلغ القاصر سن الرشد ، أو عاد المجنون أو المعتوه أو السفهية أو ذو الغفلة الى تمام العقل والادراك واستقامة التقدير بزوال ما ألم به من عارض ، أو ظهر المفقود أو رجع الغائب ، فلا تبقى ثم حاجة الى استمرار فرض موطن الزامى له ، اذ تكتمل له أو تعود أهليته لا يعترضها عارض أو يعوقها مانع ، فيتحدد موطنه حينئذ - طبقا للاصل - تحديدا اراديا اختياريًا بمحل إقامته المعتادة المستقرة .

§ ٢ - الموطن الخاص

Le domicile spécial

الى جانب الموطن العام الذى يعتبر المقر القانونى للشخص بالنسبة الى نشاطه وأعماله ومعاملاته بوجه عام ، قد يوجد له موطن خاص يكون مقره

القانونى بالنسبة الى أوجه نشاط أو أعمال أو معاملات له معينة بالذات وعلى وجه التحديد والتخصيص ، وذلك بقصد التيسير على نفس الشخص أو على المتعاملين معه بشأنها . ونعرض فيما يلى لاهم أنواع هذا الوطن الخاص .

٢٨٥ — الوطن التجارى أو الحرفى

تنص المادة ٤١ من التقنين المدنى المصرى على أن « يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة الى ادارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » . وبمقتضى هذا النص تتركز المعاملات القضائية المتعلقة بأعمال التجارة أو الحرفة فى محل مباشرة صاحبها اياها ، اما ما عد: ذلك من أعماله الاخرى فيبقى الوطن فى شأنها هو موطنه العام أى محل اقامته المعتادة . ومن المسلم أن هذا الوطن الخاص لا ينصرف الى عمل الموظفين العاملين ، فلا يعتبر المكان الذى يباشرون فيه وظائفهم موطناً خاصاً لهم فيما يتعلق بشئون الوظيفة (١) .

٢٨٦ — موطن ناقص الاهلية فى شأن ما يعتبر اهلاً لمباشرته من تصرفات

إذا كان فرض موطن الزامى على القاصر ومن فى حكمه من عديمى الاهلية وناقصيها عموماً هو موطن من ينوب عنه من ولى أو وصى أو قيم مرده الى عدم قدرته على تولى شؤونه ومباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، فتنتمى الحكمة من فرض هذا الوطن الالزامى كما سبق البيان حيث يقرر القانون لناقص الاهلية — خروجاً على الاصل العام — اهلية اداء كاملة فى مباشر بعض أعمال وتصرفات قانونية معينة . لذلك يكون من الطبيعى أن يتحدد له — فى شأن هذه الاعمال والتصرفات — موطن خاص. غير موطنه العام الالزامى أى غير موطن ولىه أو وصيه أو القيم عليه . ويتحدد هذا الوطن الخاص تحديداً ارادياً من جانبه ، سواء بمحل اقامته المعتادة وهذا هو الاصل ، أو بمحل مباشرة ما

(١) فى هذا المعنى :

نقض ٧ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام محكمة النقض (المسجلة) ، السنة الثالثة ، رقم ٧٦ ، ص ٤٤٤ .

يكون مأذونا فيه من تجارة أو حرفة ، أو بمحل مختار لتنفيذ عمل أو تصرف قانوني معين يكون أهلا لمباشرته . فيكون حكم هذا الشخص اثن من حيث المواطن — في الحدود الاستثنائية المعترف له فيها بالاهلية — ذو حكم الشخص كامل الاهلية .

ولذلك تنص المادة ٢/٤٢ من التقنين المدني على أن « ... يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ، ومن فى حكمه ، موطن خاص بالنسبة الى الاعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها » . واذا كانت هذه المادة تحيل أساسا على ما يقرره القانون من اهلية القاصر البالغ ثمانى عشرة سنة أو السفهيه وذى الغفلة المحجور عليه فى شأن ما يؤذن فيه من أعمال الادارة ، ومن اهلية القاصر البالغ ثمانى عشرة سنة فى شأن ما تأذنه المحكمة من مباشرة التجارة ، الا أنه ينبغى النظر الى هذا النص باعتباره مجرد تطبيق للمبدأ الذى أسلفناه من وجوب تقرير موطن خاص لناقص الاهلية فى شأن الاعمال والتصرفات التى يعتبره القانون كامل الاهلية لمباشرتها ، والقياس عليه لتقرير موطن خاص بالتالى فى شأن كل الاحوال الإخري التى تثبت لناقص الاهلية فيها — ولو كان قاصرا لم يبلغ الثامنة عشرة — اهلية اداء كاملة فى شأن تصرفات معينة (١) .

٢٨٧ — المواطن المختار

يقصد بالموطن المختار (Le domicile élu) المحل — غير مكان الإقامة المعتادة (٢) — الذى تنصرف الإرادة الى اختياره لتنفيذ عمل أو تصرف قانوني معين ، بحيث يكون خاصا بهذا العمل أو التصرف وحده ، ويعتبر المقر القانونى للشخص فى شأنه مغنيا بذلك عن موطنه العام . واتخاذ موطن مختار ارادى على هذا النحو ، يستوى أن يكون بالمعقد أو بالإرادة المفردة . وقد نص القانون على هذا المواطن الخاص بقوله « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين » (م ١/٤٣ مئى) .

(١) انظر كتابنا مسالف الذكر ، من ٧٨٥ .

(٢) انظر كتابنا مسالف الذكر ، مباحث « ١ » من ٧٨٦ .

واتخاذ موطن مختار قد يقصد به تثبيت الموطن طوال المدة التي يستغرقها تنفيذ عمل قانوني دون تأثر بتغير محل إقامة ذوى الشأن ، أو تجنّب الدائن مشتاق وتكاليف اتخاذ اجراءات التنفيذ في مواجهة مدين مقيم في مدينة أو قرية بعيدة ، أو تركيز اجراءات التنفيذ في يد وكيل معين كمحام مثلا .

والاصل ان اتخاذ موطن مختار يكون أمرا جوازيا لمن يشاء . غير أنه قد يكون وجوبيا على الشخص في حالات معينة استثنائية . ومن ذلك ، ما تقضى به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى من وجوب تعيين الدائن المرتن ، ومن في حكمه من الدائنين اصحاب الحقوق العينية التبعية التي يتم شهرها بطريق القيد ، محلا مختارا له في دائرة المحكمة الواقع في اختصاصها العقار محل حقه . وكذلك ما تقضى به المادة ٢/٧٤ من تقنين المرافعات الجديد من أن « على الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبلد الذى به مقر المحكمة أن يتخذ له موطنا فيه » .

وضمائنا لاستقرار المعاملات وحسن تنفيذ الاعمال القانونية وحسما لكل خلاف حول تحديد الموطن المختار ، يستلزم القانون اثبات اختيار هذا الموطن بالكتابة (م ٢/٤٣ مدنى) ، ايا كتبت قيمة العمل القانوني المختار الموطن لتنفيذه فيه ضئيلة أو تافهة .

ويكون الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معين هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على اعمال دون اخرى (م ٣/٤٣ مدنى) . ويستمر الموطن المختار قائما طالما لم ينته تنفيذ العمل القانوني المتعلق به ، بحيث يظل — على خلاف الموطن العام — موطنا مختارا ، في شأن تنفيذه ، لورثة الشخص بعد وفاته (١) .

والاصل انه لا يتأتى العدول عن الموطن المختار أو تغييره قبل تمام تنفيذ العمل القانوني المتعلق به الا بنفس طريق تقريره . فإذا كان مقررا بمقتضى العقد ، وجب تراضى الطرفين على ذلك . ولكن يجوز لاحد الطرفين الانفراد بتغييره اذا كان اختيلا مقررًا لمحض صالحه وحده ، أو لم يكن من شأن هذا التغيير الاضرار بالطرف الآخر ، طالما يتم اعلانه به (١) .

المبحث الثالث النشاط الإرادى للشخصية أو اهلية الاداء

٢٨٨ — تعريف اهلية الاداء

اذا كانت الشخصية ثابتة لكل انسان — على ما رأينا — بحيث يكون صالحا لان يكون صاحبا للحق والالتزام ، الا ان توليد الحق والالتزام ومباشرة أو اداء وانتاج الآثار القانونية بوجه علم في ذمة الشخص ، قد لا يتأتى في بعض الاحوال الا نتيجة نشاط ارادى من جانبه وقدرة معينة من التمييز عنده ، أى نتيجة توافره على اهلية الاداء *La capacité d'exercice* فاهلية الاداء انن هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية في حقه وذمته ، أو قدرته الارادية على انتاج الآثار القانونية في حق نفسه ، أو هى — بإيجاز — قدرته على اجراء التصرفات القانونية لحساب نفسه . وهذا التعريف يتيح تحديد نطاق اهلية الاداء ومناطها على البسواء .

٢٨٩ — نطاق اهلية الاداء

(١) اقتصار اهلية الاداء على التصرفات القانونية : ما دامت اهلية الاداء هى صلاحية أو قدرة ارادية على انتاج أو توليد آثار قانونية ، فلا بد

ان يتحدد نطاقها انن بالاعمال الإرادية لا بأعمال المادية ، أى بالتصرفات القانونية وحدها دون الوقائع القانونية (١) . فالتصرفات القانونية — كما سنرى — هى ارادة محضة متجهة الى احداث اثر قانونى معين ، بحيث يترتب هذا الاثر ويتحدد بالارادة مباشرة . أما الوقائع القانونية ، فليست الا اعمالا مادية يترتب القانون وحده عليها — حتى ولو كانت اختيارية — اثرا قانونيا محينا .

وما دامت الآثار القانونية تترتب بارادة الشخص مباشرة فى التصرفات القانونية ، ولا تترتب الا بالقانون نفسه فى الوقائع القانونية دون اعتداد بوجود الارادة أو عدم وجودها ، فان قدرة الشخص على النشاط الارادى الذى تعبر عنه اهلية الاداء ، لا تتصور انن الا فى التصرفات القانونية حيث يكون للشخص سلطة توليد الآثار القانونية بارادته مباشرة . أما حيث يتعلق الامر بوقائع قانونية أو أعمال مادية صادرة عن الشخص ، فلا يتصور القول بوجود اهلية أداء له فى شأنها . ذلك أن اهلية الاداء تفترض — على أى نحو فهم مدلولها — وجود صلاحية أو قدرة معينة لدى الشخص على توليد الآثار القانونية بنفسه ، وليست للشخص مثل هذه الصلاحية أو القدرة فى شأن أعماله المادية . اذ ليس قهله بها — حتى ولو كان اختياريا — هو الذى يولد بذاته الآثار القانونية عليها ، بل الذى يولد هذه الآثار هو القانون نفسه دون اعتداد باختياره وارادته ، فان كانت ثمة قدرة على توليد الآثار القانونية بشأن أعمال الشخص المادية ، فهى فى الواقع قدرة القانون لا قدرة الشخص أو اهليته (٢) .

(١) فى هذا المعنى .

Marty et Raynaud. t I Ncs. 795, 796.

عبد الرازق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هاشم ١ ص ٢٦٩ . — عبد المم عمر الصدة ، فقرة ٨٤ — سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٤ — اسماعيل غانم ، ص ١٨٧ و ١٨٨ . ولكن أنظر عكس ذلك : شفيق شحاته ، فقرة ٨٢ . — شمس الدين الوكيل ، ص ٤٩ — ٥٢ .

(٢) راجع فى ذلك : كحلينا مالك الذكر ، ص ٧٩٠ و ٧٩١ .

(٢) التمييز بين اهلية الاداء وبين الولاية : اذا كانت اهلية الاداء تعنى صلاحية الشخص او قدرته على التعبير عن ارادته تعبيرا منتجا آثاره القانونية ، فهى تعنى هذه الصلاحية او القدرة من حيث انتاج الآثار القانونية لحساب نفس الشخص لا لحساب غيره من الاشخاص ، وهذا هو الفاصل بين اهلية الاداء وبين الولاية عموما والولاية على المال خصوصا . فالولاية انما تعنى سلطة لشخص على نفس او مال شخص آخر عديم اهلية الاداء او ناقصها أساسا او يقوم به مانع من موانعها أحيانا ، بمقتضاها يقوم من له الولاية بتصرفات قانونية تنتج أثرها فى حق او مال المولى عليه . فالولاية إذن انما تفترض عدم قدرة المولى عليه على القيام بنفسه ولحسابه بالتصرفات القانونية نظرا لانعدام أو نقص أهلية ادائه أو وجود مانع من مباشرته إياها ، مما يوجب تغطية هذا العجز من جانبته بالتولية عليه ، بحيث تثبت للمولى سلطة القيام — بدلا عنه ولحسابه — بما يعجز عن القيام به من تصرفات قانونية بحيث تتصرف إليه آثارها كما لو كان هو الذى أجراها . وسوف تقتصر فى هذا المقام على دراسة أحكام اهلية الاداء وحدها دون أحكام الولاية (١) .

٢٩٠ — مناهل اهلية الاداء

اذا كانت اهلية الاداء هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية ، فمقتضى ذلك وجوب توافر ارادة واعية بصيرة بما تتجه الى احداثه من اثر قانونى ، وهو ما يتطلب كمال الإدراك والتمييز عند الشخص ، ولذلك يكون مناهل اهلية الاداء هو كمال التمييز والارادة .

(١) راجع فى الولاية على النفس فى الشريعة الاسلامية :
عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٥٨ — ٦٥ . — مير عبد الله ، أحكام الشريعة
الاسلامية فى الأحوال الشخصية ، ص ١٥٠ — ١٦٩ .
وراجع فى الولاية على المال :
كتابنا سالف الذكر فقرات ٣١٥ — ٣٢٤ ، ص ٨٢٩ — ٨٥٨ .

وتحديد مناهل أهلية الاداء على هذا النحو ، لا يجعل الناس متساوين فيها لاستحالة تساويهم في كمال التمييز والارادة وهو مناطها . ولذلك تتراوح أهلية الاداء عند الاشخاص الطبيعيين بين الانعدام والنقصان والكمال تبعاً لانعدام او نقص او اكتمال التمييز والارادة عند كل منهم . فلا تكون للفرد أهلية أداء كاملة الا اذا كان كامل التمييز والارادة ، اما اذا كان ناقص التمييز والارادة او عديهما ، فهو ناقص أهلية الاداء أو عديهما .

واذا اردنا أن نربط بين أهلية الاداء وأهلية الوجوب والشخصية من حيث ثبوتها للانسان ، لوجب القول بأن كل انسان تثبت له الشخصية ، ويكون له بمقتضى الشخصية حد أدنى من أهلية الوجوب ، فلا يتصور انسان دون أهلية وجوب ولو قاصره او محدوده . ولكن ثبوت الشخصية وأهلية الوجوب له أيا كان مداها ، لا يحتم الاعتراف له بأهلية أداء ، لان مناطها التمييز وقد يكون منعدها عنده .

وتحديد مناهل أهلية الاداء على هذا النحو ، يتيح كذلك تمييز أهلية الاداء عما قد يشتهر بها من اوضاع تتعلق بعدم قابلية بعض الاموال للتصرف كالاموال العامة واموال الوقف ، او بمنع التصرف في بعض الاموال بمقتضى شرط ارادى صحيح ، او بحرمان بعض الاشخاص من التعامل أو التعاقد على أشياء معينة ، كحرمان القضاة والمحامين وكتبه المحاكم والمحضرين من شراء الحقوق المتنازع عليها والداخله في اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم في دائرتها (م ٤٧١ مدنى) ، وحرمان النائب من التعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه بشرائه مثلاً لنفسه الشيء المنوط به بيعه بموجب هذه النيابة (م ١٠٨ و ٤٧٩ مدنى) . فكل هذه الاوضاع لا شأن لها بأهلية الاداء ، لانها لا تترتب على انعدام او نقصان التمييز عند الاشخاص (١) . وانما

(١) انظر في التمييز بين أهلية الاداء وهذه الاوضاع :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٧ . ن شفيق شحاته ، فقرة ٨٢ ، ص ٧٢ .

تترتب هذه الاوضاع لاسباب اخرى بعيدة عن التمييز وعن اهلية الاداء .
كحماية تخصيص معين لبعض الاموال يقتضى منسج التصرف فيها مثل
التخصيص لمنفعة عامة أو لغرض من أغراض البر التي لا تنقطع أو لضمان
تحقيق مصلحة مشروعة مدة معينة من الزمان ، أو كتنزيه القضاء وصيانة
سمعته وتأكيد حيده ، أو كحماية الاصيل من تحيز النائب اذا انفرد بالتعاقد
باسمه مع نفسه .

٢٩١ — انواع التصرفات القانونية التي ترد عليها الاهلية

اذا كانت اهلية الاداء هي قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته
تعبيرا منتجا لاثاره القانونية في حقه . فمعنى ذلك قدرته على أن يجرى
بنفسه ولحسابه التصرفات القانونية كلها بأنواعها المختلفة ، وهو ما يقتضى
بيان هذه الانواع من حيث تعلقها بأهلية الاداء وأهميتها لها .

والقانون يقسمها — من هذا الوجه — أنواعا ثلاثة : تصرفات نافعة
نفعاً محضاً ، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً ، وتصرفات دائرة بين النفع
والضرر . أما التصرفات النافعة نفعاً محضاً ، فهي تلك التي ترتب اغتناء
من يباشرها دون مقابل يعطيه ، كقبول الهبة . وأما التصرفات الضارة
ضرراً محضاً ، فهي تلك التي ترتب افتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه ،
كالإيهاب والإيضاء . وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فهي تلك
التي لا ترتب لمن يباشرها اغتناء محضاً ولا افتقاراً محضاً لأنها قائمة على
تقابل بين أخذ وعطاء فتحتمل بطبيعتها الكسب كما تحتمل الخسارة (١) ،
ويدخل تحت هذا النوع من التصرفات ما يسمى بأعمال التصرف التي ترمى
الى التصرف في ذات الشيء كالبيع ، وما يسمى بأعمال الإدارة وهي التي

(١) تكون العبرة بطبيعة التصرف لا بنتيجته . ولذلك فهيها حق التصرف من كسب لمن باشره ،
يظل — رغم ذلك — تصرفاً دائراً بين النفع والضرر ، ما دام أنه بطبيعته محتمل الكسب والخسارة
على السواء .

ترمى في الاصل الى مجرد استغلال الشيء كالإيجار والتصرف في غلته
أو ريعه .

فإذا كان الشخص كامل أهلية الاداء ، ثبتت له قدرة مباشرة هذه
التصرفات بأنواعها الثلاثة . وإذا كان عديم الأهلية ، امتنع عليه مطلقا
مباشرة أى نوع منها . وإذا كان ناقص الأهلية ، جاز له مباشرة النافع منها
نفعاً محضاً ، وامتنع عليه مطلقاً مباشرة الضار ضرراً محضاً ، وتوقفت
مباشرة الدائر بين النفع والضرر منها وصحته على انن أو اجازة من له
الولاية عليه أو المحكمة على حسب الاحوال .

٢٩٢ — منهج البحث

إذا كان مناط أهلية الاداء كمال الإرادة والتمييز ، فمقتضى ذلك تدرجها
مع تدرج التمييز في الانسان تبعاً للسن ، وتأثرها — حتى بعد كمال التمييز
والرشد — بما قد يعترض التمييز من عوارض تعده أو تنتقص منه . وإذا
اكتمل التمييز للانسان دون عارض يعترضه ، فتكون له أهلية أداء كاملة ،
ولكن قد يعوقه أحد الموانع عن مباشرتها . فنعرض لاحكام الأهلية اذن في
تدرجها بتدرج السن ، وفي عوارضها ، ثم في موانعها .

المطلب الاول

تدرج الأهلية بتدرج السن

لما كان مناط أهلية الاداء كمال التمييز ، وكان التمييز متدرجاً عند الانسان
تبعاً للسن ، فان أهلية الاداء تتدرج اذن تبعاً للتمييز والسن من الاعتماد
الى النقص الى الكمال .

٢٩٣ — اعتماد الإهلية

قلنا ان أهلية الاداء مناطها كمال التمييز ، والتمييز منعدم تماماً عند من
لم يبلغ السابعة وهو من يهرف عادة لذلك باسم المجنون غير المميز ، فتكون

أهلية الاداء عنده منعدمة انعدها تاما . وقد نصت على ذلك المادة ٤٥ من التقنين المدنى بقولها « ١ — لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن . . — ٢ — وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز » .

ومعنى انعدام أهلية الاداء عند الصبى غير المميز ، انعدام قدرته على اجراء اى نوع من انواع التصرفات القانونية حتى ما كان منها نافعا له نفعاً محضاً كقبول الهبة ، اذ قوام التصرفات القانونية هو الإرادة ، ولا ارادة عند من لم يبلغ السابعة من عمره . وبذلك تعتبر جميع تصرفاته القانونية باطلة لا يرتب القانون عليها اى اثر . وقد نصت على ذلك المادة ١١٠ من التقنين المدنى بقولها « ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله . وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

والمقصود ببطلان جميع تصرفات الصبى غير المميز ، بطلانها بطلاناً مطلقاً اى اعتبارها منعدمة كان لم تكن ، بحيث يكون لكل ذى مصلحة — سواء كان هو نفس الصغير بعد اكتمال أهليته ، او الولى او الوصى او من تعاقد مع الصغير غير المميز — التمسك بالبطلان ، ويجب على المحكمة القضاء بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به احد من نوى الشأن ، وتظل هذه التصرفات باطلة لا تصححها اية اجازة لاحقة من الصغير بعد اكتمال أهليته او من الولى او الوصى .

٢٩٤ — نقص الاهلية

تكون الاهلية ناقصة اى لا منعدمة تماماً ولا مكتملة تماماً ، فيما بين سن ابتداء التمييز وسن اكتماله او سن الرشد ، اى فيما بين السابعة والمجاذبة والعشرين ، اذ يكون التمييز فى هذا الدور من الحياة وسطاً بين الاتعدام والاكتمال ، فيكون الصبى المميز اذن — وهو من يكون بين هذين السنين — ناقص الاهلية . وعلى ذلك تنص المادة ٤٦ من التقنين المدنى بقولها : « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد . . يكون ناقص الاهلية ونقصنا لما

يقرره القانون » . . وقد بين القانون حكم القواعد العامة في هذا الشأن .
ولكنه تزخص في الخروج عليها في أحوال معينة .

(١) **حكم القواعد العامة :** الصبي المميز ناقص الأهلية (١) بمعنى أنه لم يثبت له أهلية أداء الا في صدد بعض التصرفات دون البعض الآخر . وتتقضى القواعد العامة في هذا الشأن بأنه يعتبر كامل الأهلية تماما — كمن بلغ سن الرشد — فيما يتعلق بالتصرفات النافعة له نفعاً محضاً ، فتصدر عنه صحيحة . وعلى العكس من ذلك ، يعتبر عديم الأهلية — كالصبي غير المميز — فيما يتعلق بالتصرفات الضارة به ضرراً محضاً ، فتقع باطلة بطلاناً مطلقاً لا تصححها أية اجازة (م ١/١١١ مدنى) .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فالأصل أنه ليس للصبي المميز مباشرتها بنفسه ، وإنما يباشرها عنه الولي أو الوصى . فان باشر الصبي المميز هذه التصرفات بنفسه ، لم تكن صحيحة تماماً ولا باطلة بطلاناً مطلقاً ، وإنما تعتبر باطلة بطلاناً نسبياً أى قابلة للإبطال لمصلحة الصبي المميز نفسه (٢) (م ٢/١١١ مدنى) . بمعنى أنها تكون صحيحة ولكن يمكن أن يطلب إبطالها من له الحق في ذلك ، أى إما الولي أو الوصى وإما الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد . فإذا قضى بإبطال هذه التصرفات ، اعتبرت كالم تكن (٣) . ولكن إذا أجاز هذه التصرفات من له حق إجازتها ،

(١) أنظر في اعتراض البعض على وصف الصبي المميز بأنه ناقص الأهلية :

سليمان مرقس ، هاشب ، « ٢٢ » ص ٣٨٦ — ٣٨٨ .

وأنظر في مناقشة هذا الاعتراض : كتابنا سالف الذكر ، هاشب « ١٥ » ص ٧٩٧ .

(٢) لما كان إبطال تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر مقصوداً به حمايته ، فالأصل أنه ليس للطرف الآخر — سواء كان عالماً أو جاهلاً بنقص الأهلية — طلب الإبطال بناء على هذا النقص . ولكن يبدو أنه ليس من حق القاصر فرض تصرفات قانونية على الغير لا يشاركه فيها نختاراً ، كرفع دعوى قضائية على الغير ، فيحتلذ يكون جائزاً تفويض الغير طلب الإبطال كذلك .

أنظر في هذا المعنى : نقض ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، السنة الثلاثية ، رقم ٣١ ص ١٦٢ .

(٣) ومعنى ذلك في الأصل إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ، فإن كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض مقابل . ولكن خروجاً على هذا الأصل لا يلزم ناقص الأهلية — إذا قضى بالإبطال لنقص أهليته — أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (م ١٤٢ مدنى) .

أى المحكمة أو الولي أو الوصى أو الصبي المميز نفسه بعد بلوغه سن الرشد (١) ، تالكت صحة هذه التصرفات نهائيا وامتنع طلب إبطالها بعد ذلك (م ١١١ / ٢ مدني) .

(٢) **الخروج على حكم القواعد العلمية** : ذلك هو حكم القواعد العلمية في مدى أهلية الصبي المميز أو القاصر لمباشرة التصرفات القانونية . غير أن المشرع قد خرج على هذا الحكم في حالات استثنائية أوردها على سبيل الحصر ، نعرض لها فيما يلي :

(١) تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال ، على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط » . وبذلك تصبح للصبي المميز مطلقا ومنذ بلوغ سن السابعة (٢) أهلية أداء كاملة (٣) فيها يتعلق بالتصرف في أموال نفقته دون توقف على اجتازة أحد . ولكن المشرع راعى مصلحته بأن قرر له نمة خاصة بأغراض نفقته الى جوار نمته العامة ، بحيث لا تكون الديون المتعلقة بهذه الأغراض مضمونة الا في حدود المال المخصص لها ، فلا تكون مضمونة بأموال نمته العامة .

(٢) تنص المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال على أن « للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي وفقا لأحكام القانون ... » . والقانون إنما يقصد بذلك الاعتراف للقاصر منذ بلوغه السابعة بأهلية أداء كاملة في إبرام

(١) ولكن يسقط حق الصبي المميز في الإبطال إذا لم يتمسك به خلال ثلاث سنوات من هذا البلوغ الذي أزال نقص أهليته (م ١٤٠ مدني) .

(٢) أنظر فيما يراه البعض من الاعتراف بالأهلية في هذه الحالة حتى للصبي غير المميز : منصور مصطفى منصور نظرية الحق ، ١٩٦٢ ، ص ١٥٣ .

(٣) قارن مع ذلك :
إسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٩٢ . — منصور مصطفى منصور ، ص ١٥٣ — ١٥٤ .

عقد العمل بوصفه عاملاً (١) ، لا بوصفه رب عمل لأن ذلك يقتضى ان تكون له سلطة ادارة أمواله أو بعضها وهو ما لا يتحقق قبل الثامنة عشرة (٢) . وهو يستهدف من ذلك تأكيد حرية الصغار في العمل واختيار نوعه دون أن يجبروا عليه من قبل الولي أو الوصى ، ماداموا قد بلغوا سن بدء التمييز وهي السابعة . ولكن مقابل هذه الحرية الكبيرة الممنوحة للقاصر للتصاقل كحامل ، جعل المشرع للمحكمة حق التعقيب على استئصاله لها . بأن اعطاها سلطة خطيرة في انهاء ما أبرمه القاصر من مثل هذا العقد ، بناء على طلب الوصى أو ذى شأن ، اذ كان في الانتهاء مصلحة جدية للقاصر أو مصلحة أخرى ظاهرة (م ٦٢ من قانون الولاية على المال) ، بأن كانت صحته مثلاً لا تحتل مشاق العمل أو كان من مصلحته توجيهه توجيهها آخر الى احترام مهنة أخرى أو اكمال تعليمه بما يتيح له مستقبلاً أوسع ويضمن له مركز افضل . وواضح أن قرار المحكمة بانتهاء العقد لا يعنى ابطاله ، فقد عقد صحيحاً من شخص يعترف له المشرع — رغم قصره — بأهلية كاملة في ابرام عقد العمل الفردى ، ولذلك لا تنصرف آثار هذا الانتهاء الى الماضي وإنما الى المستقبل وحده .

(٣) تنص المادة ٦٣ / ١ من قانون الولاية على المال ، على أن « يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلاً للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته » . وبذلك تصبح للقاصر بقوة القانون اذا بلغ السادسة

(١) ولكن اذا كان بلوغ سن التمييز كافيًا لإبرام عقد العمل من جانب العامل ، الا أنه يجب مراعاة ما يفرضه المشرع المصرى من حد أدنى لسن تشيول العمال ، بحيث تعتبر عقود العمال الصغار الذين لا يبلغون الثانية عشرة (أو الخامسة عشرة أو المعايمة ماهرة حيث يكون ذلك مطلباً) باطلّة مطلقاً لمخالفتها هذا الحد الأدنى الأمر ، وذلك رغم ما يتوافر لهم من أهلية ابرامها (انظر كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، عقد العمل ، ١٩٦٤ ، فقرة ٤٦ ، ص ١٨٧) .

(٢) في هذا المعنى :

محمد حلمى مراد ، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦١ ، فقرة ٢٢٠ — كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، فقرة ٤٦ ، ص ١٨٥ و ١٨٦ .

عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بالتصرف في الإجر أو المرتب (١) الذي يحصل عليه من وراء عمله الخاص ، فيكون تصرفه في هذا الشأن صحيحا غير متوقف على اجازة أحد . غير أنه مراعاة لمصلحته ، قرر المشرع أن التزاماته في هذا الشأن لا يتعدى اثرها حدود كسبه ، وبذلك جعل له ذمة خاصة بكسبه الى جوار ذمته العامة . ولكن يكون للمحكمة ، اذ اقتضت المصلحة وحماية للقاصر ، أن تقيد حقه في ماله المذكور ، وعندئذ تجرى احكام الولاية والوصاية (م ٦٣ / ٢) .

(٤) تنص المادة ١١٢ من التقنين المدني على أنه « اذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » . وبمقتضى هذا النص تكون للصبي المميز البالغ الثامنة عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بأعمال الإدارة وحدها دون أعمال التصرف ، بشرط أن يؤذن له في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ممن يملك هذا الأذن ، أى من الولي باسناد لدى الموثق أو من المحكمة بعد سماع أقوال الوصي (م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال) .

ويفرض قانون الولاية على المال قيودا معينة على أهلية أداء القاصر المأذون في شأن أعمال الإدارة ، فلا يجيز له تأجير المبنى لمدة تزيد على سنة ، ولا التصرف في صافي دخله (٢) الا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا (م ٥٦) . ويخضع القاصر المأذون في الإدارة — فضلا عن ذلك —

(١) انظر فيما يترره تقنين العمل للقاصر البالغ الرابعة عشرة من أهلية قبض الإجر ، وفي انعدام التناقص بين هذا الحكم وبين حكم قانون الولاية على المال بإعطاء القاصر البالغ السادسة عشرة أهلية التصرف في الإجر : كتابنا سلف الفكر ، ج ١ ، فقرة ٦٢ ، ص ٤٤٨ و ٤٤٩ .

(٢) يخرج عن ذلك دخله من عمله ، اذ تثبت له منذ بلوغه السادسة عشرة أهلية التصرف الكاملة فيه كما مسبب البيان (في هذا المعنى : عبد المجيد البدراني ، مبن وعامش ، ١٩٠٧) .

لرقابة المحكمة ، اذ عليه ان يقدم حسبا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى . ويجوز للمحكمة ان تحد من الاذن المعطى للقاصر او تسلبه اياه بعد سماع اقواله ، اذا قصر في تقديم الحساب السنوى او اساء التصرف في ادارته او قامت اسباب يخشى معها من بقاء الاموال في يده (م ٥٨ و ٥٩ من قانون الولاية على المال) . ويجوز للولى كذلك — اذا كان هو الذى اذن للقاصر في تسليم كل امواله او بعضها لادارتها — ان يسحب هذا الاذن او يحد منه باشهاد لدى الموثق (م ٥٤ من قانون الولاية على المال) .

(٥) تنص المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال على انه « لا يجوز للقاصر ، سواء كان مشمولا بالولاية او الوصاية ، ان يتجر الا اذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وافنته المحكمة في ذلك اذنا مطلقا او مقيدا » على حسب ما تتبين من ظروفه . ويراعى ان الاذن للقاصر بالتجارة وان كان يستوى مع الاذن له بالادارة في اشتراط بلوغه الثامنة عشرة ، الا انه لا يصدر الا من المحكمة وحدها حتى مع وجود الولى ، بينما يكفى اذن الولى لمباشرة اعمال الادارة ، وما ذلك الا زيادة احتياط وتدقيق في الترخيص للقاصر بالتجارة نظرا لما يحفها من مخاطر يخشى منها على امواله (١) .

(٦) رغم ان الايحاء تصرف من التصرفات الضارة ضررا محضا ، فلا يجوز من الصبى المميز ويعتبر باطلا بطلانا مطلقا ان اجراه ، الا ان قانون الوصية اجاز وصية القاصر البالغ الثامنة عشرة بشرط حصوله على اذن من المحكمة (م ٥) ، مراعى في ذلك ان الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت فلا تلحق ضررا حالا بالقاصر وانما على اى حال مطلقة على اذن المحكمة وموافقتها (٢) . وبذلك تعتبر وصية مثل هذا القاصر — خلافا

(١) انظر في اطلية القاصر المقتون له في التجارة :
محطى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٠٠ و ٢٠١ .

(٢) في هذا المعنى :
عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ٩٥ .

لطبيعتها — في حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، أى تكون باطللة بطلانا نسبيا أن أجزاها دون الحصول على الإذن المذكور ، فتكون صحيحة حتى يحكم بإبطالها إذا طلب الإبطال القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو وليه أو وصيه قبل ذلك ، وتتكبد صحتها نهائيا أن أجازتها المحكمة أو أجازها القاصر بعد بلوغ سن الرشد .

٢٩٥ — كمال الأهلية

إذا بلغ الشخص سن الرشد — وهى إحدى وعشرون سنة في القانون المصرى — اعتبره القانون في الأصل كمال التمييز والإرادة الواعية البصيرة . ولما كان كمال التمييز والإرادة مناط أهلية الأداء ، فيكون هذا الشخص كمال الأهلية كمالا مطلقا بحيث يملك إجراء كل أنواع التصرفات القانونية بنفسه ، سواء منها النافع نفعا محضا والضرر ضررا محضا والدائر بين النفع والضرر (م ٤٤ مدنى) .

واكتمال أهلية الشخص ببلوغ سن الرشد على هذا النحو ، معناه انتهاء الولاية أو الوصاية التى كانت مقامة عليه ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه (م ١٨ و ٤٧ / ١ من قانون الولاية على المال) ، بسبب أصابته بعارض يفقد قواه العقلية كالجنون أو العته (١) أو يخل بتقديره وتبديره كالسفه أو الغفلة . ومتى تقرر استمرار الولاية أو الوصاية بعد بلوغ سن الرشد ، فتظل قائمة لا يرفعها الا قرار من المحكمة في حال رجوع العقل أو اعتدال التقدير ، فيصبح الشخص به حينئذ كمال الأهلية .

(١) أنظر فيما يراه البعض من استمرار الولاية أو الوصاية في حالتى الجنون والعمه وحدهما دون حكم سابق من المحكمة بذلك :

عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٩٢ و ٩٣ ، وهامش ١٥ ، ص ٩٢ .

وانظر في مناقشة هذا الراى :

كتابنا أصول القانون ، هامش ٢٥ ص ٨٠٥ .

المطلب الثاني عوارض الاهلية

٢٩٦ — اثر عوارض الاهلية في اعدامها او الانتقال منها

اذا بلغ الشخص سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية او الوصاية عليه ، اعتبر منذ هذا البلوغ كامل اهلية الاداء . والامل ان يستمر كمال اهليته حتى انتهاء شخصيته بالموت . ولكن قد يطرا على عقل الشخص عارض يعدم تمييزه وارادته كالجنون والعتة فيعده القانون عديم الاهلية ، لو يطرا على تقديره عارض يخل بحسن تدبيره وبصره بالامور كالسفه والغفلة فيعده القانون ناقص الاهلية . ويحجر عليه في الحالتين بحكم يصدر من المحكمة ، وينصب الحكم قيميا عليه ، ولا يرفع الحجز عنه الا بحكم يقضى بذلك .

٢٩٧ — الجنون والعتة

يقصد بالجنون ذلك المرض الذي يصيب العقل فيفقده ويعدم التمييز ، وبالعتة ذلك الخلل الذي يعترى العقل دون ان يبلغ مبلغ الجنون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم . والاصل ان العتة لا يعدم التمييز دائما كالجنون ، فقد يقتصر احيانا على مجرد الانتقاص منه ، مما كان ينبغي معه التفريق في الحكم بين العتة المعدم للتمييز والمساوى للجنون وبين مجرد العتة المنتقص من التمييز . ولكن القانون المصرى — امام دقة التمييز بين نوعى العتة — اغفل هذا التفريق (١) ، وسوى في الحكم بين المجنون وبين المعتوه عموما ، فاعتبر كلا منهما عديم الاهلية كالصبي غير المميز (٢)

(١) انظر في الاخذ بهذا التفريق في الشريعة الاسلامية :
 محمد ابراهيم ، الاهلية وعوارضها والولاية في الشرع الاسلامى ، مجلة القانون والاقتصاد ،
 السنة الاولى ، ص ٢٥٢ وما بعدها ، انظر ص ٢٧٢ و ٢٧٤ . — عمر عبد الله ، علم الوصول
 لطلم الاصول ، ص ١٠٢ .
 (٢) تارن مع ذلك :
 عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٥٧ . — سليمان مرفص ، فقرة ٢٤٦ .

اذ نص على انه « لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان ناقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون » (م ٤٥ / ١ مدنى) . ويراعى ان المشرع المصرى فى اعتباره الجنون معدما للاهلية ، لا يفرق — كما يفعل فقهاء الشريعة الاسلامية — بين جنون مطبق كالم يستوعب كل الاوقات وبين جنون غير مطبق منقطع بالانقاة فى بعض الاوقات (١) ، وحسنا فعل ، لان ذلك ادعى الى الحسم والقطع فى امر كهذا يستعصى على الاثبات ويفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات .

وعلى ذلك ، فكل تصرفات الجنون والمعتوه تكون باطلة بطلانا مطلقا ، سواء منها النافع له نفعا محضا والضرار ضررا محضا والدائر بين النفع والضرر . غير ان اجراء حكم البطلان يفترض فى الاصل صدور قرار من المحكمة بالحجر على الجنون أو المعتوه وتنصيب قيم عليه (م ٦٥ من قانون الولاية على المال) ، لان الجنون والمعتة عارضان طارئان خلافا للاصل من اكتمال الاهلية منذ بلوغ سن الرشد . ولكن تحذير الكافة من احتمال توقيع الحجر على الجنون أو المعتوه واعلامهم بهذا التوقيع من بعد ، يقتضى تسجيل طلب الحجر أو قرار الحجر ، بحيث لا يعتد بأثر الجنون أو المعتة؛ المعدم للاهلية الا منذ هذا التسجيل . وعلى هذا النحو ، اذا صدر من المحكمة قرار بالحجر على الجنون أو المعتوه ، فيعتبر فى حكم ناقدا للاهلية فى مواجهة الكافة من تاريخ تسجيل طلب الحجر أو من تاريخ تسجيل قرار الحجر اذا لم يسجل الطلب ، بحيث تقع كل تصرفاته الصادرة بعد هذا التسجيل أو ذاك باطلة بطلانا مطلقا (م ١١٤ / ١ مدنى ، و م ٢٨ / ١ مرافعات (٢) .

(١) انظر فى هذه التفرقة :

أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٢٧٢ . — عبد الوهاب خلاف ، أحكام الاحوال الشخصية ، ص ٢٢٧ و ٢٢٨ . — عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٩٥ .

(٢) هذه المادة من بين مواد قانون المرافعات الملغى الذى لم يلغها قانون المرافعات الجديد بل أبقي على العمل بها بعد نفاذه .

ومقتضى اعتبار المجنون أو المعتوه غير فاقد الاهلية الا منذ تسجيل طلب أو قرار الحجر ، أن يظل معتبرا كامل الاهلية الى حين حصول مثل هذا التسجيل ، فلا تعتبر تصرفاته في هذه الفترة باطلة على اساس انعدام الاهلية رغم قيام حالة الجنون أو العته في الواقع . ومع ذلك ، فهي تعتبر في الاصل باطلة في هذه الفترة على اساس آخر هو انعدام الإرادة عنده وهي قوام التصرفات القانونية . ولكن اذا كان من شأن اطلاق هذا الحكم بسط حماية كبيرة على المجنون أو المعتوه ، الا أن هذه الحماية تتحقق على حساب الغير حسن النية . لذلك رأى المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحالى (١) أن لا يحصى المجنون أو المعتوه فى هذه الفترة الا بالقدر الذى لا يضر المتعاقد معه حسن النية ، فنص على انه « اذا صدر التصرف قبيل تسجيل قرار الحجر (أو تسجيل طلب الحجر « م ١٠٢٨ / ٢ مرافعات ») ، فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، او كان الطرف الآخر على بينة منها « (م ١١٤ / ٢) .

وعلى هذا النحو ، لا يوجد ما يحول دون اعمال الاصل وتوغير اكبر قدر من الحماية للمجنون أو المعتوه فى الفترة السابقة على تسجيل طلب أو قرار الحجر ، باعتبار كل تصرفاته خلالها باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الإرادة ، اذا كان المتعاقد معه سىء النية يعلم بقيام حالة الجنون أو العته أو كان من اليسير أو الواجب عليه العلم بها نظرا لشيوعها . أما اذا كان المتعاقد معه حسن النية لا يعلم بحالة الجنون أو العته أو لم يكن فى استطاعته العلم بها لعدم ذيوعها و شيوعها ، فرعية لحسن نيته وتحقيقا للامن والاستقرار فى المعاملات ، يترخص المشرع فى رفع الحماية عن المجنون أو المعتوه

(١) كان القضاء المصرى جاريا فى ظل التقنين المدنى القديم على اطلاق حكم البطلان حماية للمجنون والمعتوه ،
أنظر بخاصة فى ذلك :

نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة احكام محكمة النقض ، دار النشر للجامعات ، السنة الاولى ، رقم ٤٣ ، ص ١٤٩ . - نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ، مجموعة الكتب الفنى لاحكام محكمة النقض ، السنة الثالثة ، رقم ١٨ ، ص ٩٣ .

والخروج على الاصل من وجوب اعتبار تصرفاته في هذه الفترة باطللة لانعدام الارادة ، فيجعل لهذا المتعاقد حق التمسك بصحة تصرفات المجنون او المعتوه (١) .

٢٩٨ — السفه والغفلة

يقصد بالسفه التبذير والسرف في انفاق المال على غير ما يقضى به العقل (٢) . ويقصد بالغفلة سهولة التردى في الغبن لسلامة القلب والنية وبساطة العقل وعدم كمال التمييز بين الرابع والخامس من التصرفات (٣) .

(١) نقص اهلية السفيه او ذى الغفلة في الاصل بالحجر عليه : نظرا لان السفه والغفلة لا يعتبران معدمين للعقل او التمييز ، بل يصيبان بالخلل سلامة التقدير وحسن التدبير ، فان القانون يعد كلا من السفيه وذى الغفلة في الاصل ناقصي الاهلية (م ٦٦ مدنى) ، ويسوى بذلك بينه وبين الصبى المميز في الحكم . وعلى ذلك ، تكون تصرفات السفيه وذى الغفلة صحيحة اذا كانت نافعة له نفعا محضا ، وتكون باطللة بطلانا مطلقا اذا كانت ضارة به ضررا محضا ، وتكون باطللة بطلانا نسبيا اى قابلة للابطال اذا كانت دائرة بين النفع والضرر .

(١) في هذا المعنى :

عد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٥٦ . — سليمان مرتضى ، فقرة ٢٤٦ . — شمس الدين الوكيل ، ص ٨٠ و ٨١ . — ثور سلطان ، ج ١ ، فقرة ٦٥ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٠ و ٢١١ .
نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ المشار اليه في هامش السابق .

ومع ذلك ، يذهب بعض الفقهاء الى ان تصرفات المجنون او المعتوه قبل تسجيل طلب او ثرار الحجر تقع باطللة حتى ولو كان المجنون او المعتوه غير شائع او كان الطرف الاخر على غير بينة منه ، وذلك على اساس انعدام الارادة (عيد التمم فرج الصدة) ، فقرة ١٠٤ . — عيد الفتح عبد الباقي ، فقرة ٦٩ ، ص ١٠٥ — ١٠٧ (١) .
ولكن انظر في انتقاد هذا الراى : كتابنا سالك الفكر ، هامش «١» ص ٨١١ — ٨١٢ . — منصور مصطفى منصور ، هامش ص ١٧٨ .

(٢) انظر نقض ٢٠ يونيو ١٩٥٧ ، مجموعة المكتب الفنى لاحكام النقض ، السنة الثامنة ، رقم ٦٩ ، ص ٦١٩ .

(٣) انظر نقض ٢٢ ديسمبر ١٩٥٤ ، المجموعة السالفة الذكر ، السنة السادسة ، رقم ٤٩ ، ص ٣٨٦ .

غير أنه لما كان السفه والغفلة عارضين طارئين خلافا للأصل من اكتمال الأهلية منذ بلوغ سن الرشد ، فإن أثرهما في الانتقال من الأهلية بعد كمالها — كائر الجنون والعتة في اعدام الأهلية — لا يتحقق الا بقرار يصدر من المحكمة بالحجر على السفه او ذى الغفلة (١) وتنصيب قيم عليه (م ٦٥ من قانون الولاية على المال) . ويعتد المشرع في ذلك — كما يعتد في شأن الجنون والعتة — بتسجيل طلب أو قرار الحجر ، بحيث لا تأخذ تصرفات السفه او ذى الغفلة المحجور في مواجهة الكافة حكم تصرفات الصبي المحيز الا اذا أصدرت منه بعد تسجيل طلب الحجر أو بعد تسجيل قرار الحجر اذا لم يسجل الطلب (م ١١٥ / ١ مدنى ، وم ١٠٢٨ / ٢ مرافعات) . فما يصدر منها بعد هذا التسجيل ، يكون صحيحا اذا كان نافعا نفعاً محضاً ، وباطلاً بطلاناً مطلقاً اذا كان ضاراً ضرراً محضاً ، وقابلاً للإبطال اذا كان دائراً بين النفع والضرر .

اما تصرفات السفه او ذى الغفلة المحجور التي تصدر قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر ، فتعتبر كلها في الأصل صحيحة . ولكن حماية مال السفه او ذى الغفلة من نفسه أو من الغير ، يقتضى الخروج على هذا الأصل ، بتقرير نقص أهليته وبطلان تصرفاته أو قابليتها للإبطال على حسب الأحوال رغم وقوعها قبل هذا التسجيل ، في مواجهة المتعاقد معه ساء النية الذى يقصد بالتعاقد استغلال حالته من السفه او الغفلة أو يبيت به معه التوقى من آثار الحجر المتوقع تحايلاً وتواطؤاً على حكم القانون ، لذلك قضى المشرع بأن التصرف الصادر من السفه او ذى الغفلة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر « لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال الا اذا كان

(١) أنظر في اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية وبخاصة في اختلاف أبى حنيفة والمصاحبين حول جواز الحجر على السفه او ذى الغفلة البالغ :
أحمد إبراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٢٢ — ٥٢٦ . — عبد الوهلب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩ و ٢٤٠ . — عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١١٢ — ١١٥ . — محمد مصطفى شلبى ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، ص ٣٢٠ — ٣٢٢ .

نتيجة استغلال أو تواطؤ « (م ٢/١١٥ مدنى ، و م ٢/١٢٠٨ مرافعات) .
وعلى هذا النحو ، لا يكتفى لبطلان أو ابطال تصرفات السفهيه او ذى الغفلة
المحجور الواقعة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر مجرد شيوع حالة السفه
أو الغفلة أو حتى علم المتعاقد معه بهذه الحالة ، بل يجب أساسا توافر
الاستغلال من جانب الآخر لهذه الحالة أو قيام التواطؤ بينه وبين السفهيه
أو ذى الغفلة على تمكينه من التهرب مقدما من آثار الحجر المرتقب .

(٢) **الخروج على اصل نقص اهلية السفهيه أو ذى الغفلة المحجور :**
إذا كان مقتضى الاصل اعتبار السفهيه أو ذى الغفلة المحجور ناقص الاهلية
على النحو السالف ذكره ، الا أن المشرع قد خرج صراحة على هذا الاصل
في الحالتين الآتيتين :

(١) أجاز القانون للسفهيه ولذى الغفلة المحجور عليهما الايصاء (١)
بشرط الحصول على إذن من المحكمة (م ١١٦ / ١ مدنى) ، وذلك
رغم أن هذا التصرف من التصرفات الضارة ضررا محضا مما كان ينبغى
معه اعتباره — طبقا للاصل — باطلا بطلانا مطلقا . وبذلك تأخذ وصية
السفهيه أو ذى الغفلة المحجور استثناء حكم التصرفات الدائرة بين النفع
والضرر ، فتكون قابلة للإبطال إذا صدرت منه دون إذن من المحكمة .

(٢) أجاز القانون للسفهيه ولذى الغفلة المحجور عليهما مباشرة أعمال
الإدارة إذا أذن لهما من المحكمة فى تسلّم كل أو بعض أموالهما لإدارتها ،
فتكون لهما إذن أهلية أداء كاملة فى شأن هذه الأعمال على التفصيل الذى
سبق بيّنه فى أهلية القاصر البالغ الثامنة عشرة والمأذون له بالإدارة (٢)
(م ٦٧ من قانون الولاية على المال) .

(١) يقرر النص كذلك صحة الوقف الصادر من السفهيه أو ذى الغفلة المحجور متى أذنته
المحكمة فيه . ولكن لم يعد مقتضى اليوم هذا التصرف من قبليه ، لأن الاصل فى إباحته له وقته
على نفسه فى حياته أولا ، وقد ألغى أخيرا نظام الوقف على غير الخيرات (فى هذا المعنى :
محمد سامى محجور ، ص ١٠١ - كتابنا سالف الفكر ، ص ٨١٨) .

(٢) ولكن يراعى أن الآن بالإدارة للسفهيه أو ذى الغفلة المحجور لا تملكه الا المحكمة وحدها
طبقا لمربع نص المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال ، بينما يملك الآن بالإدارة للصبي
البالغ الثامنة عشرة الولي أو المحكمة على السواء (م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال) .

واذا كان المشرع يقتصر على التصريح بالخروج على اصل نقص اهلية السفينة او ذى الغفلة المحجور في الحالتين المتقدمتين ، فيجب أن لا يستخلص من ذلك أن الخروج على حكم الاصل في شأنه قاصر على هاتين الحالتين وحدهما . اذ يمكن عن طريق القياس الاعتراف للسفينة او ذى الغفلة بأهلية أداء كاملة في الحدود المعترف للصبي المميز بها ، الا حيث يتعذر هذا القياس لتعارض بعض الاعمال المأذون بها هذا الصبي مع حالة السفينة او الغفلة . ولذلك نرى انه يكون للسفينة او ذى الغفلة اهلية التصرف — كالصبي المميز عموما — فيما يخص له من مال لاغراض نفقته وفي ابرام عقد العمل الفردى ، واهلية التصرف — كالصبي البالغ السادسة عشرة — فيما يكسبه من عمله من أجر او غيره . ولكننا لا نرى تسوية السفينة او ذى الغفلة بالقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حيث جواز الاذن له من المحكمة بمباشرة التجارة (١) ، لتناقى حالة السفينة والغفلة تنافيا تاما مع ما تقتضيه التجارة من استقامة واعتدال التدبير وحسن النظر الى الامور .

المطلب الثالث

موانع الاهلية

٢٩٩ — طبيعة موانع الاهلية وتعدادها

اذا بلغ الشخص سن الرشد ولم يحجر عليه من بعد لعارض من عوارض الاهلية المتقدم ذكرها ، فيظل على حالة من كمال اهلية الاداء . غير أن ثم ظروفا قد تقوم فتمنعه منعا كلياً او جزئياً — رغم كمال اهليته — من امكن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بغيره . لذلك يجعل القانون لمثل هذا الشخص نائباً يقوم عنه بمباشرة هذه التصرفات أو يعينه على مباشرتها .

(١) أنظر عكس ذلك :

مبطلنى كمال طه ، المرجع السابق ، ج ١ ،قرة ٢٠٦ .

وموانع الاهلية ثلاثة : مانع مادي هو الغيبة ، ومانع قانوني هو الحكم بمعقوبة جنائية ، ومانع طبيعي هو وجود عاهة مزدوجة أو ضعف جسماني شديد . ولا تنقضي هذه الموانع من كمال تمييز أو ارادة من تقوم به . ولذلك يظل الغائب أو المحكوم عليه أو ذو العاهة المزدوجة أو الضعف الجسماني كامل الاهلية كما يقضى الاصل ، وإن امتنعت عليه مباشرة اهليته وأجراء التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . فنعرض فيما يلي لهذه الموانع على الترتيب المتقدم .

٣٠٠ — المانع المادي بالغيبة

يقضى قانون الولاية على المال بأن تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الاهلية أو تثبت وكيله العام القائم متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه ، في حالة ما إذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته ، وفي حالة ما إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم ، أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم في الخارج واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينييه في إدارتها (م ٧٤ و ٧٥) . فالغيبة التي يتحقق بها مانع الاهلية (١) قد تكون اذن غيبة يعتبر فيها الغائب في حكم المفقود الذي لا تعلم حياته من مماته ، وقد تكون غيبة محققة معها حياة الغائب ، ما دامت انقضت في الحالين مدة سنة أو أكثر على ابتداء الغيبة . إذ في الحالة الاولى يتوافر المانع دائما لاستحالة مباشرة المفقود شؤونه ، ولكنه لا يتوافر في الحالة الثانية الا حيث يستحيل على الغائب مباشرة التصرفات القانونية التي تقتضيها مصالحه أو الاشراف على من أنابه في مباشرتها ورعاية شؤونه .

(١) ظاهر أن الغيبة لا تعتبر من موانع الاهلية الا إذا كان الغائب في الاصل كامل الاهلية . لانه لو كان عديما أو ناقصا لكانت الولاية على ماله ثابتة من الاصل لولي أو وصي أو قيم ، فلا يوجد رغم النية اذن ما يمنع من مباشرة شؤونه ، إذ يباشرها عنه الولي أو الوصي أو القيم (في هذا المعنى : سليمان مرقس ، فقرة ٢٢٠ ، ص ٣٤٤ — كحلينا مسالك الذكر ، فقرة ٣١٢ ص ٨٢١ و ٨٢٢ .

ولما كانت الغيبة مجرد مانع يقوم بالغائب فيمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مما يقتضى تعيين وكيل يقوم بهذه المباشرة نيابة عنه ، فإن الغيبة تنتهى هى وآثارها بزوال سببها ، سواء بعودة الغائب أو توصله من بعد — رغم استمرار الغيبة — الى تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينييه فى ادارتها . وكذلك تنتهى الغيبة اذا لم يعد لها محل ، سواء بموت الغائب ، أو بالحكم — اذا كان مفقودا — باعتباره ميتا (م ٧٦ من قانون الولاية على المال) .

٣٠١ — المانع القانونى بالحكم بعقوبة جنائية

تنص المادة ٢٥ / رابعا من تقنين العقوبات على أن كل حكم بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه مدة اعتقاله من مباشرة أعمال الادارة الخاصة بأمواله وأملاكه . ويكون له تعيين قيم تقره المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته ليقوم بمباشرة هذه الاعمال عنه ، والا عينت له المحكمة قيما بناء على طلب النيابة العامة او ذى مصلحة فى ذلك . ومفضلا عن ذلك ، تمتنع على المحكوم عليه بعقوبة جنائية مباشرة أعمال التصرف الا بناء على اذن من المحكمة المدنية المذكورة ، وكل تصرف يبشره دون الحصول على هذا الاذن يعتبر باطلا بطلانا مطلقا .

فالحكم بعقوبة جنائية اذن مانع قانونى يمنع المحكوم عليه بها من مباشرة أعمال الادارة الا بواسطة قيم ، ومن مباشرة أعمال التصرف الا باذن من المحكمة ، دون أن ينتقص ذلك من كمال أهليته ، اذ مناط الاهلية كمال التمييز والارادة وهما لا يزالان سليمين لم يؤثر فيهما صدور حكم بالعقوبة عليه .

وهذا المانع يفرضه المشرع كمعقوبة تبعية على المحكوم عليه بعقوبة الجنائية وحدها دون عقوبة الجنحة أو المخالفة ، نظرا لخطورة جريمته وعقوبتها ، بحيث يسلبه القيام بنفسه بالتصرفات القانونية دون رقابة ، ليحرمه بذلك من القدرة على الاستعانة بماله للتمكن من الهرب والنجاة من العقوبة أو التخفف من قيود تنفيذها . وواضح أمام هذه الحكمة أن قيام هذا المانع

واستمراره يكون رهنا بتنفيذ العقوبة واستمرار هذا التنفيذ ، ولذلك يرتفع هذا المانع بالانقراض عن المحكوم عليه ولو افراجا شرطيا (١) ، فترد اليه امواله ويقدم له القيم حسابا عن ادارته .

٣٠٢ — المانع الطبيعي بالمهاجرين أو العجز الجسماني الشديد

وقد يكون الشخص مصابا بمهاجرين اثنتين من عاهات ثلاث هي الصمم والبكم والعمى ، بحيث تتعذر عليه الاحاطة الكاملة بكل ظروف التعامل الواقعية أو التعبير عن ارادته على الوجه الذى يفهم به عنه فهما صحيحا مما قد تتأثر به امواله ومصلحته . أو قد يكون مصابا — رغم خلوه من هذه الماهات — بعجز جسمانى شديد ، كشلل فى لسانه يعجزه عن النطق الواضح أو يجعل كلامه غير مفهوم بحيث لا يؤمن انفراده — على هذه الحال — بالتصرف فى ماله . فمثل هذا الشخص أو ذاك ، رغم كمال أهليته الذى لا تنتقص منه العاهة الزوجية أو العجز الشديد لان تمييزه وارادته يظلان سليمين لا تشوبهما بسبب ذلك ثباتية ، يكون فى وضع يستعصى عليه فيه الانفراد بمباشرة هذه الاهلية فى شأن ما يلزمه اجراؤه من تصرفات قانونية . من اجل ذلك ، يقرر القانون جواز اقامة مساعد قضائى يكون بمثابة عون له فى اجراء هذه التصرفات ، بما يضمن احاطته بعناصر الواقع احاطة تامة والتعبير عن ارادته تعبيرا حقيقيا صحيحا . اذ تنص المادة ١/١١٧ من التقنين المدنى على أنه « اذا كان الشخص اسم أبكم أو أعمى اسم أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك » . وكذلك تقتضى المادة ٢/٧٠ من قانون الولاية على المال بأنه يجوز للمحكمة تعيين مساعد قضائى « اذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد » .

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٢٤ .

وعلى هذا النحو ، لا يكفى توافر عاهتين في الشخص من العاهات الثلاث المذكورة ولا توافر العجز الجسماني الشديد عنده لتعيين مساعد قضائي يعاونه في مباشرة التصرفات القانونية ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون من شأن اجتماع العاهتين أو قيام العجز الشديد أن يتعذر على الشخص التعبير عن إرادته أو يخشى من انفراده بهذا التعبير ، فالأمر هنا يتعلق بمانع من الأهلية لا بعارض ينقص من كمالها . ولذلك ليس ثم ما يدعو الى تعيين مساعد قضائي لشخص ذي عاهة مزدوجة أو عجز جسماني شديد ، اذا كان يظل — رغم العاهة أو العجز — مستطيعا في يسر الاحاطة بظروف الواقع والتعامل والتعبير عن إرادته تعبيرا حقيقيا صحيحا ، اذ لا يقوم حينئذ خطر على أمواله ومصالحه من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية .

فاذا قدرت المحكمة تعذر تعبیر ذی العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد عن إرادته بحيث يخشى من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية ، تعين له مساعدا قضائيا يعينه على هذه المباشرة . غير أن المحكمة لا تقرر المساعدة القضائية في كل التصرفات ، وانما محسب في تلك التصرفات التي تقتضى مصلحة ذی العاهتين أو العجز تقرير المساعدة فيها (م ١١٧ / ١ مدني) (١) .

والمساعد القضائي — على خلاف المولى أو الوصي على القاصر أو القيم على المحجور — لا يباشر منفردا تصرفات ذی العاهة المزدوجة أو العجز الجسماني الشديد نيابة عنه وانما يباشرها بالتعاون والاشتراك معه ، فهو ليس بنائب وانما هو معاون ، ولذلك لا تصدر التصرفات التي تتقرر

(١) اذا كان قانون الولاية على المال يحدد التصرفات التي تتقرر فيها المساعدة القضائية بالتصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩ منه وهي التصرفات التي لا يجوز للوصي مباشرتها الا باذن من المحكمة (م ١/٧٠) ، فليس المقصود بذلك الا اقلية قريئة قانونية على أن هذه التصرفات المحددة تقتضى مصلحة ذی العاهتين أو العجز تقرير المساعدة فيها بحيث يعني بذلك من اقامة الدليل في شأنها على توافر هذه المصلحة . ولذلك ليس ثم ما يمنع في غيرها من التصرفات وحيث تخلف هذه القريئة ، من تحصل عبء اقلية الدليل على توافر مثل هذه المصلحة لتقرير المساعدة في مباشرتها كذلك (انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٢٥ و ٨٢٦ . — ولكن انظر عكس ذلك : اسماعيل غنم ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٥) .

بشأنها المساعدة القضائية من أحدهما باتفراده ، ولكن تصدر منها معا .
ومن هنا ، فانفراد المساعد القضائي بمباشرة تصرف من التصرفات القلونية
محل المساعدة ، لا يجعله نافذا في حق ذى العاهة المزدوجة او العجز
الشديد . وكذلك فانفراد ذى العاهتين او العجز بمباشرة تصرف من هذه
التصرفات ، يجعله قابلا للإبطال لمصلحته اذا وقع التصرف بعد تسجيل طلب
او قرار المساعدة ، اما اذا وقع التصرف قبل هذا التسجيل ، فلا يكون قابلا
للإبطال الا اذا كان المتعاقد مع ذى العاهتين او العجز سوء النية (م ١١٧/٢
مدنى وم ١٠٢٨ مرافعات) .

واذا كان الاصل وجوب اشتراك المساعد القضائي مع ذى العاهتين او
العجز الشديد في اجراء التصرفات التى تنقرر المساعدة بشأنها ، الا ان
للمحكمة أن تأذن باتفراده أحدهما بالتصرف في حالة امتناع الآخر : فلها أن
تأذن المحكوم بمساعدته بالانفراد بالتصرف (١) اذا كان امتناع المساعد في غير
محله ، ولها أن تأذن المساعد بالانفراد بالتصرف اذا كان امتناع المحكوم
بمساعدته عن القيام بتصرف معين يعرض أمواله للخطر (م ٧١ من قانون
الولاية على المال) .

واذا كان المانع من اهلية ذى العاهتين او العاجز عجزا جسمائيا شديدا
لا يثبث الا بقرار من المحكمة بالمساعدة القضائية ، فهو كذلك لا يرتفع الا
بقرار منها برفع المساعدة .

(١) اذا أذنت المحكمة المساعد القضائي بالانفراد بلجراء تصرف من التصرفات المقررة فيها
المساعدة أصلا ، فيعتبر المساعد حينئذ — مقتضى هذا الآن — ناشيا عن ذى العاهتين او العجز
في شأن هذا التصرف وحده ، وليس مجرد معاون له كما هو دوره الاصلى . فتكون له إذن —
خلافا للاصل — ولاية بالمضى الدقيق على مال ذى العاهتين او العجز الشديد (انظر كتابنا سالف
الذكر ص ٨٢٩ و ٨٥٤) .

الفصل الثاني

الشخص المعنوى أو الاعتبارى (١)

La personne morale

٣٠٣ — أهمية الشخصية المعنوية ، ولزومها ، وتنظيمها

إذا كانت القيمة الاجتماعية للكائن هي — كما رأينا — مناط اعتراف القانون له بالشخصية ، وكان من البادى ثبوت هذه القيمة للإنسان باعتباره الغاية من وجود الجماعة والقانون والحقوق ، فليس معنى ذلك انحصار هذه القيمة فى الإنسان وحده وتخلفها بالضرورة عند غيره . إذ ليس ثم ما يحول — ومدلول الشخصية ما قدمنا — دون الاعتراف بها لغير الإنسان من الكائنات ، مادامت تتوافر له مثل هذه القيمة الاجتماعية بحيث يصلح مركزا للحقوق والالتزامات مما يحتم اسنادها ونسبتها إليه باعتباره صاحبها (٢) .

والواقع أن حقائق الحياة الاجتماعية نفسها تفرض الاعتراف بالشخصية لبعض الكائنات الجماعية التى تقوم بفرض تحقيق أهداف ومصالح إنسانية . ذلك أن الإنسان بمفرده أعجز — بالنظر الى جهده المحدود وعمره الموقوت

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., 1922. — Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e éd., par Trotabas, 2 vol., 1932. — Clements, Personnalité morale et personnalité juridique, 1935. — Coulombel, le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé, thèse, Nancy, 1949; Personne morale, Encyclopédie Dalloz, droit civil, t. III, pp. 759-764. — Durand, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Etudes Ripert, t. I, pp. 138-159.

كناينا سلك الفكر ، فترات ٢٢٥ — ٢٧١ ، من ٨٥٩ — ١٠٠٨ .

(٢) انظر سلبنا ، من ٤٩٨ و ٤٩٩ .

— عن القيام بأعمال ضخمة لها حظ من الدوام والاستمرار . فصالح البشرية واستمرار جهودها متواصلة دون توقف أو انقطاع ، يجعل من المحتوم قيام تجمعات فردية أو مالية قوية ودائمة ، تواصل رسالتها على مر أجيال متعاقبة ، في انطلاق من قصور طاقة الفرد وتحرر مما يتهدد الإنسان من موت . وهو ما يتطلب الاعتراف لهذه التجمعات بكيان مستقل عن كيان الأفراد المكونين لها أو المنتفعين بها ، بحيث تدخل باسمها ميدان النشاط القانوني وتصبح صاحبة للحقوق والالتزامات ، مما لا يتأتى إلا بإعطائها شخصية مستقلة خاصة بها .

وضرورات الحياة الاجتماعية المحتومة التي تفرض الاعتراف بالشخصية لمثل هذه التجمعات قد فرضت نفسها دائما على القوانين الوضعية ، منذ ما عرفت الدولة في القديم ووجب الاعتراف لها بداءة بشخصية خاصة مستقلة عن شخصيات الأفراد المكونين لها ، لتمكينها من النهوض بتبعاتها من تمثيل نفس الأمة على اختلاف حكامها وتعاقب أجيالها . ثم تطور الأمر إلى الاعتراف بالشخصية كذلك لبعض جماعات الأفراد المستهدفة أو غير المستهدفة تحقيق الربح ولبعض مجموعات الأموال المرصودة على تحقيق البر أو النفع العام ، على اختلاف بين الشرائع في مدى هذا الاعتراف — ضيقا واتساعا — تبعاً لمدى تخوف الدولة من ظهور مثل هذه الأشخاص المعنوية القوية إلى جانبها واستشعارها الخطر من منافستها لها وتوسطها بين الفرد وبينها ، فتاريخ الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية (١) هو تاريخ كفاح الدولة ضدها (٢) .

ولم يمن المشرع المصري أول الأمر بوضع قواعد عامة تؤصل نظرية للشخصية المعنوية أو الاعتبارية . ولكن التشريع المصري لم يكن يخلو على أي حال من نصوص تعتبر تطبيقات جزئية لفكرة الشخصية المعنوية ،

(١) راجع في هذا التاريخ وفي تطور فكرة الشخصية أو الاعتبارية :

كاتبنا سلف الذكر ، ص ٨٦٢ — ٨٦٦ .
Mazeaud, t. I, No. 602. (٢)

كـبعض نصوص التقنين التجارى ، ونصوص بعض القوانين الخاصة المتعلقة بأنواع معينة من الجمعيات . غير أن القضاء المصرى لم يحصر حينئذ فكرة الشخصية المعنوية فى نطاق هذه النصوص وحدها ، بل توسع فيها وبسطها على كثير من جماعات الاشخاص وبعض مجموعات الاموال . فاستقر على الاعتراف بالشخصية للجمعيات ما دامت تهدف الى أغراض مشروعة خاصة وأن دستور سنة ١٩٢٣ كان يقرر أن للمصريين حق تكوين الجمعيات (١) ، وعلى الاعتراف بالشخصية كذلك للشركات ماعدا شركات المحاصة (٢) ، وللاوقاف (٣) . ولكنه لم يصل الى حد اسباغ الشخصية المعنوية على المؤسسات الخاصة اكتفاء بما كان يفتى عنها من الاوقاف .

وقد حرص المشرع المصرى اخيرا على تقنين هذا القضاء واكماله خاصة فيما يتعلق بمنح المؤسسات الخاصة الشخصية المعنوية او الاعتبارية ، فجاء التقنين المدنى الحالى متضمنا تنظيما عاما يحكم الاشخاص المعنوية او الاعتبارية ويبين أنواعها المختلفة ، وتنظيما خاصا لاهم الاشخاص المعنوية الخاصة وهى الجمعيات والشركات والمؤسسات . ثم اعاد المشرع المصرى تنظيم أحكام الجمعيات والمؤسسات الخاصة مرتين : الاولى بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، والثانية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون المطبق حاليا فى هذا الشأن . وكل ذلك فضلا عن احكام التنظيمات الخاصة ببعض الاشخاص الاعتبارية الاخرى وفى طلبعتها النصوص الخاصة بالشركات التجارية .

٣٠٤ — منهج البحث

لدراسة الشخص المعنوى او الاعتبارى ، نقف أولا على الامـ

-
- (١) أنظر : الاسكندرية المخططة ١٩ مارس ١٩٢٣ ، المحللة ٥ ، رقم ١٤٩ ، ص ١٦٣ .
بحر الاهلية (استثنائى) ٢٥ مايو ١٩٢٥ ، المحللة ٥/٦١٨/٧٥٠ . مصر الكلية (مسنجل)
٢٠ مارس ١٩٤٠ ، المحللة ٢٠/٥١٤/١٢٣٢ .
(٢) أنظر بصفة خاصة : نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (مئذى) ج ٥ ، رقم ٣١ ، ص ٧٢ .
(٣) نقض ٢٦ ابريل ١٩٤٢ ، مجموعة عمر (مئذى) ج ١ ، رقم ١٧٥ ، ص ٣٧٠ .
(م ٣٧ — الملخلى الى القانون)

العلامة التى تحكم الشخصية المعنوية او الاعتبارية ، ثم نبين أنواع الشخص المعنوى او الاعتبارى المختلفة علما كان هذا الشخص أو خاصا . ومن ثم نقسم هذا الفرع الى مبحثين .

المبحث الاول — فى النظرية العامة للشخصية الاعتبارية .

المبحث الثانى — فى أنواع الشخص الاعتبارى .

المبحث الاول

النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

٣٠٥ — تمهيد وتقسيم

اذا كان الاعتراف بوجود الاشخاص المعنوية أو الاعتبارية قد أصبح امرا واقعا ومسلما فى القوانين الوضعية الحديثة ، الا أن الخلاف ما يزال قائما فى الفقه حول طبيعة هذه الاشخاص وتكوينها ، وإن كان الراجع — كما سنرى — أن الشخصية الاعتبارية حقيقة واقعية وليست مجرد حيلة صناعية . ومع ذلك فانها فى طبيعتها هذه تختلف بعض الاختلاف المعلوم عن الشخصية الطبيعية نتيجة الاختلاف بينها فى التكوين ، مما يظهر اثره خاصة فى كيفية ابتدائها ، وتحديد مداها وأهلية وجوبها ، وتعيين علاماتها وخصائصها المميزة ، ورسم كيفية سيرها ونشاطها ، وتحديد طسرق انقضائها وانحلالها .

ولذلك نقسم هذا المبحث على النحو التالى :

المطلب الاول — فى طبيعة الشخصية الاعتبارية .

المطلب الثانى — فى ابتداء الشخصية الاعتبارية .

المطلب الثالث — فى مدى الشخصية الاعتبارية .

المطلب الرابع — فى مميزات الشخصية الاعتبارية .

المطلب الخامس — فى نشاط الشخصية الاعتبارية .

المطلب السادس — فى انقضاء الشخصية الاعتبارية .

المطلب الاول

طبيعة الشخصية الاعتبارية

٣٠٦ — الخلاف حول طبيعة الشخصية الاعتبارية وأهميتها

احتدم الجدل في الفقه حول طبيعة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، بحيث تنازعت نظريتان متعارضتان : الاولى ترى في هذه الشخصية مجرد افتراض وحيلة صناعية ، والثانية ترى فيها حقيقة من الحقائق الثابتة . وليس مثل هذا الخلاف — كما قد يبدو في الظاهر — خلافا نظريا مجرد القيمة من الناحية العملية . ذلك ان تفاوت النظرة هذا تفاوت الى تكييف وتأصيل الشخصية الاعتبارية ، ينعكس اثره من الناحية العملية على مسائل كثيرة ، مثل تحديد مدى سلطان المشرع ازاء الاشخاص الاعتبارية ، وكيفية تعيين جنسيتها، وامكان تقرير او عدم تقدير مبدأ مسؤولياتها الجنائية والمدنية، وتبرير الحد من مدى اهليتها ، وتحديد اسباب ونتائج انقضاءها (١) .

فنعرض أولا لنظرية الشخصية الافتراضية (Théorie de la personnalité fictive)، ثم لنظرية الشخصية الحقيقية (Théorie de la personnalité réelle). لنرى من بعد — على ضوء تقدير النظريتين — جوهر حقيقة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ومقوماتها .

٣٠٧ — نظرية الشخصية الافتراضية (٢)

(١) عرض النظرية : تقوم هذه النظرية على ان الانسان وحده هو الذى

(١) انظر في ذلك :

Beudant et Voirin, t. IV, No. 242.

(٢) راجع ، بصفة خاصة ، في عرض هذه النظرية ونقدها :

Saleilles, pp. 306 - 386. — Roguin, t. II, Nos. 711 - 714, pp. 376 - 379.

— Bonnecase, t. IV, Nos. 61 bis et s. — Michoud, t. I, Nos. 6 - 15 bis,

pp. 16 - 33. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 243. — De la Gressaye

et Laborde-Lacoste, No. 390. — Mazeaud, t. I, No. 593. — Marty

et Raynaud, t. I, No. 1048.

ثبتت له الشخصية في نظر القانون . وإذا كان القانون ، فضلا عن ذلك ، يعترف — في أحوال معينة — لغير الإنسان بالشخصية فيخلعها على جماعات من الأشخاص أو مجموعات من الأموال حتى يثبت لها صلاحية في اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فأنما يتوصل الى ذلك — تحقيقا لهذا الغرض — عن طريق حيلة صناعية بحت وافتراس قانوني محض ، بتشبيه هذه الجماعات من الأشخاص وتلك المجموعات من الأموال بالإنسان ، رغم ما في ذلك من مخالفة واضحة لحقائق الواقع . وبذلك لا يكون لمثل هذه الأشخاص المعنوية وجود حقيقي كالإنسان ، وإنما يكون لها مجرد وجود صناعي من خلق القانون . فالحق عند هذه النظرية قدرة ارادية لدى صاحبه ، بحيث لا يتصور ثبوت الحق الا للإنسان وحده باعتباره — بحسب طبيعته — الكائن الوحيد ذا الإرادة ، مما يجعل اثبات الشخصية أو صلاحية اكتساب الحقوق لغير الإنسان مجرد تحايل من قبل القانون يسبغ على الشخص المعنوي أو الاعتباري إرادة لا يثبتها له الواقع .

والنظر الى الشخصية المعنوية أو الاعتبارية على أساس أنها مجرد خلق صناعي وافتراس بحت لا يستند الى حقيقة واقعة ، يولد عند انصار هذه النظرية نتائج عملية معينة ، منها اطلاق يد المشرع وسلطانه في امر الشخصية الاعتبارية ، بحيث يكون هو المتحكم في منحها أو منعها ، وهو صاحب القول الفصل في بقائها أن شاء مد في حياتها وأن شاء أتهاها . ومنها الحد من حقوق الشخص الاعتباري وحصر أهليته في نطاق لا تعدوه هو نطاق الغرض من وجوده ، وهو ما يعنى تخصصه بهذا الغرض وحده . ومنها كذلك امتناع تقرير مسؤولية الشخص الاعتباري الجنائية والمدنية على السواء ، لان القصد الجنائي والخطأ الشخصي — وهما يتطلبان الوعي

والارادة والادراك — لا يتصور نسبتها الى شخص وهمي افتراضى لا وجود حقيقى له (١) .

(٢) تقدير النظرية : واضح أن هذه النظرية تقوم على مقدمات غير مسلمة . فالتقول بأن الانسان وحده هو الذى ثبت له الشخصية فى القانون ، باعتبار ذلك من قبيل المسلمات البديهية المحتومة ، قول يعوزه الدليل ويصح لذلك نعتة بها ينعت به الشخصية المعنوية من افتراض ، وهو انما يقوم على خلط ظاهر ينبغى توقيه ، كما سبق البيان ، بين مدلول الشخصية فى القانون وبين مدلولها فى الفلسفة والاخلاق وعلم النفس . بينما الثابت أن مدلول الشخصية فى القانون اوسع نطاقا وأرحب مدى من مدلولها الفلسفى أو النفسى ، اذ يتسع للانسان ولغير الانسان . وكذلك تستند هذه النظرية الى تعريف خاص للحق بأنه قدرة ارادية ، ليس هو التعريف السائد ولا المقبول .

وكذلك يؤخذ على هذه النظرية خطورة النتائج التى يختصها منطقتها . فمضى حين تنظر الى الشخص الاعتبارى بوصفه شخصا وهميا افتراضيا ، لا تحل المشكلة الضخمة التى تختفى وراء فكرة الشخصية الاعتبارية وهى مشكلة تحديد من يعتبر مالكا لاشياء غير مملوكة لانسان بعينه ، كما هى الحال فى صورة جماعات الافراد أو مجموعات الاموال ، أو هى تحلها على نحو غير معقول أو مقبول باعتبار أن المالك هو ذلك الشخص الاعتبارى الافتراضى الذى لا وجود حقيقى له ، وهو ما يعنى فى الواقع أن هذه الاشياء سائبة غير مملوكة لاحد (٢) .

ومن ناحية أخرى ، فإن منطق هذه النظرية فى اطلاقه يحتم اعتبار الدولة نفسها شخصا افتراضيا وهميا ، وليس يخفى خطر مثل هذه النتيجة على

(١) راجع ، بمسنة خاصة ، فى تفصيل النتائج المتفرعة على نظرية الافتراض :

Saleilles, pp 312 - 360.

عبد الله العربى ، الحالة السابقة ، ص ١٠١ - ١٠٥ .

(٢) فى هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 8, p. 19.

القانون وعلى الجماعة وفكرة السيادة فيها . واذا كان بعض أنصار هذه النظرية يتحايلون — لتفادي هذه النتيجة — بالقول ان الدولة شخص معنوي حقيقي لان وجودها ضروري محتوم (١) ، ففى ذلك القضاء على النظرية (٢) واستقامة منطقتها (٣) .

واذا كانت هذه النظرية تفتقد ، على هذا النحو ، الاسس المسلمة والمنطق السليم وتفضى الى نتائج غير مقبولة او واقعية ، فهى حقيقة اذن بما يخطئه الفقه الحديث تجاهها من رفض واعراض .

٢٠٨ — نظرية الشخصية الحقيقية

اذا كانت النظرة الى الشخصية المعنوية او الاعتبارية بوصفها شخصية وهمية افتراضية امرا غير مقبول ، فان جمهور الفقه الحديث يستقر اليوم على النظر الى الشخصية المعنوية بوصفها حقيقة واقعية . وليس معنى هذا ان الاتفاق سائد حول مفهوم هذه الحقيقة وجوهرها ، فأنصار الشخصية الاعتبارية الحقيقية فى اتفاقهم على الصفة الحقيقية لهذه الشخصية ونفى الصفة الافتراضية عنها يختلفون بعد ذلك فى تصوير هذه الحقيقة اشد الاختلاف ، مما ادى الى ظهور نظريات مختلفة فى هذا الشأن .

(١) نظريات تماثل الشخصية الاعتبارية والشخصية الطبيعية : يوجد

اتجاه كبير يحاول تصوير حقيقة الشخصية الاعتبارية على نسق وحذاء حقيقة الشخصية الطبيعية وتكوين الانسان ، اما بادعاء وجود تكوين عضوى فى الشخص المعنوى مماثل للتكوين العضوى او الحيوى للانسان ، واما بادعاء وجود ارادة جماعية فى الشخص المعنوى مقابلة للارادة فى الشخص الطبيعي .

(١) انظر فى الإشارة الى هذا القول والى اصحابه :

Bonnecase, t. IV, pp. 111, 120, 121, 138.

Michoud, t. I, No. 12, p. 28. (٢)

(٣) انظر كتابنا سالك الذكر ، فقرة ٣٣٠ ، ص ٨٧٦ و ٨٧٧ .

١ — النظرية العضوية أو الحيوية (Théorie organique ou biologique)

(١) : لا ترى هذه النظرية فارقا في التكوين بين الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي ، فكل منهما يتكون من تجمع خلايا متعددة تكون كلا واحدا ، اذ الافراد المكونون للشخص الاعتباري هم خلايا هذا الجسم الواحد التي تؤلف وجوده وتخلق حياته .

ولكن من الواضح أن مثل هذا التصوير تصوير مجازي محض وليس بالتصوير الحقيقي . فضلا عن أن القول بكفاية وجود خلايا تكون بتجمعها كلا أو جسما واحدا لقيام الشخصية قول غير صحيح على إطلاقه ، فالحيوانات والنباتات تتكون كذلك من خلايا ومع ذلك لا تتمتع بالشخصية في نظر القانون .

٢ — نظرية الإرادة : ترى هذه النظرية أن للشخص الاعتباري إرادة جماعية واحدة مستقلة عن ارادات الاشخاص الطبيعيين المؤلفين له ، وهو ما يكفي لاسباغ الشخصية عليه كما تكفي الإرادة عند الإنسان لذلك (٢) .

وتركيز هذه النظرية على عنصر الإرادة وتعليلها الشخصية بالتالي على وجود الإرادة أو إمكان ظهورها ، ناشيء من أخذها الحق على التعريف التقليدي من أنه قدرة أو سلطة إرادية ، وهو تعريف بين الفساد كما سبق البيان . وكذلك يعيب هذه النظرية أنها تحاول أن تخلق تماثلا أو تطابقا بين الشخص المعنوي والشخص الطبيعي في الشخصية الفلسفية أو الاخلاقية أو النفسية من حيث الإرادة خاصة (٣) ، رغم أن هذا التماثل

(١) راجع في عرض هذه النظرية وانتقادها .

Saleilles, pp. 527, 528. — Michoud, t. I, Nos. 33-35. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72.

(٢) راجع خاصة في عرض هذه النظرية وانتقادها :

Saleilles, pp. 554-526, 528-540. — Michoud, t. I, Nos. 36-44. — Clements, pp. 62 et s.

كاتبنا سالف الفكر ، ص ٧٨٨ — ٨١٠ .

(٣) في هذا المعنى :

Michoud, No. 43. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72.

اسماعيل غنم ، ص ٢٢٠ .

أو التطابق مستحيل بين الشخصين وأن الإرادة ليست منسطة الشخصية
كما سبق البيان .

(٢) **نظرية المصلحة الجماعية** : تربط هذه النظرية — التي تروج عند
جمهور الفقه الفرنسي الحديث (١) — الشخصية المعنوية بتعريف الحق بأنه
مصلحة يحميها القانون ، فتؤسس هذه الشخصية على وجود مصلحة
جماعية (intérêt collectif) مستقلة عن المصالح الفردية . ومنطق هذه
النظرية أنه إذا كانت الحقوق مصالح يحميها القانون ، فليس يحتم أن
تكون هذه المصالح فردية وأن يوجد على رأسها أفراد أو أشخاص طبيعيون ،
بل قد توجد مصالح جماعية تتبلور في تنظيم معين يوفر لها كيانا مستقلا
عن المصالح الفردية للأعضاء الداخلين في هذا التنظيم أو المنتفعين به ،
فحينئذ تكون جديرة بحماية القانون ، وتكون حقوقا جماعية مستقلة يمكن
نسبتها الى شخص جماعي مستقل .

وإذا كانت هذه النظرية تفضل النظرية العضوية أو الحيوية ونظرية
الإرادة بتجنبها محاولات هاتين النظريتين العقيدة الفاشلة لاثبات شخصية
فلسفية أو نفسية للأشخاص الاعتبارية كالأشخاص الطبيعية سواء من
حيث التكوين العضوي أو الإرادي ، إلا أنها وقد ربطت نفسها بتعريف معين
للحق كمصلحة يحميها القانون ، لابد وأن تتعرض لما يتعرض له هذا
التعريف من انتقادات كثيرة سبقت الإشارة إليها (٢) . فضلا عن ذلك ،
فإن ربط الشخصية بهذا التعريف يقود منطقا الى حصر الشخصية في
صاحب المصلحة أو المنتفع بالفائدة والمنفعة ، وهو ما يكشف عن أن
الشخصية يجب ألا تثبت لجماعات الأفراد أو مجموعات الأموال نفسها
كل واحد مستقل ولكن للأشخاص الطبيعيين المكونين لهذه الجماعات أو

Michoud, t. I, Nos. 52, 53. — Capitant, No. 160. — Beudant (1)
et Voirin, t. IV, No. 252. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. I,
No. 898. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 71.

(٢) راجع سابقا ، فقرة ٢٢٨ .

المنتفعين بهذه المجموعات ، لان المنفعة والتمتع انما يعود اليهم وحدهم في نهاية المطاف لا الى هذه الجماعات او تلك المجموعات (١) . وكان الاعتراف لهذه الجماعات او المجموعات ككل بشخصية معنوية مستقلة ليس في الواقع اذن لا افتراضا يستتر حقيقة الواقع .

(٣) النظرية الاجتماعية او نظرية النظم (٢) : تتصدى هذه النظرية (٣)

لتفسير الشخصية الاعتبارية على اساس من البصر بالواقع الاجتماعي وما تتضمنه ظواهره من نظم مختلفة . وهي تقصد بالنظم وجود فكرة موجهة تتحقق وتستمر في الجماعة عن طريق سلطة منظمة تعمل بادوات واجهزة خاصة ، وتعطيها كيانا او هيئة اجتماعية مستقلة لها حياتها الداخلية ونشاطها الخارجي .

ومن ذلك يتضح انه ليست كل فكرة يناح لها التحقيق والاستمرار في المحيط الاجتماعي تكون شخصا معنويا وبالتالي شخصا قانونيا . فثم نظم يمكن تسميتها « النظم الاشياء » (institutions - choses) ليست بأشخاص، لانها — رغم اعتبارها فكرة تعيش وتتحقق في المحيط الاجتماعي — لا تولد كيانا او هيئة ذاتية تعمل بوسائل خاصة بها . فالقاعدة القانونية مثلا اذا كانت نظاما يعيش في المجتمع حول فكرة اساسية موجهة ، الا انها

(١) في هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 142, 143.

(٢) راجع في ذلك خاصة :

Hauriou, Au sources du Droit, 1933, La théorie de l'institution et de la fondation, pp. 89-128. — Renard, La théorie de l'institution 1930; La philosophie et l'institution, 1939. — Delos, La théorie de l'institution, La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif, Arch. de Phil. du droit et de soc. juridique, 1931, Nos. 1-2, pp. 97-153.

(٣) ترجع الجذور الاولى لهذه النظرية الى الفقه الالمانى، وان كان بناؤها كنظرية متكاملة قد تم في الثلث الاول من القرن الحالى على يد جانب من الفقه الفرنسى الحديث . وهي تنسب فيه خاصة الى « هوريو » ، الا ان فكرتها قد اثارها من قبل « سالى » (Saleilles, pp. 608, 609) ثم فصلها وبسطها من بعد « ريفار » و « ديلا » .

ويأخذ بهذه النظرية كذلك بعض الفقهاء المصريين ، انظر :

شعيق شحاته ، بقرة ١٢٢ — عبد الحى حجازى ، ص ١٦٨ و ١٦٩ .

لا تتخذ شكل هيئة ذات كيان مستقل تعمل بأدوات وأجهزة ذاتية لتحقيق هذه الفكرة وإنما تتوصل الى هذا التحقيق باستعارة سلطة الدولة ، ولذلك تظل مجرد نظام من الانظمة الاشياء (١) .

وانما يصير النظام شخصا او يدخل مرحلة التشخيص المعنوي فالقانوني (٢)، اذا ولدت الفكرة هيئة لها وجود ذاتي في المجتمع وتنظيم معين يعمل لتحقيقها بوسائل واجهزة خاصة ، وبتمازج واتحاد جماعة من الافراد — الاعضاء او المنتفعين — مع هذه الاجهزة في هذه الفكرة . فالدولة مثلا تعتبر من «النظم الاشخاص» (institutions - personnes) (٣) ، لان الفكرة الموجهة — وهى حماية مجتمع وطني — لا تلبث أن تخلق هيئة اجتماعية لها كيان ذاتي مستقل هى الدولة ، تقوم على تنظيم معين وأجهزة خاصة — كاجهزة التنفيذ والتشريع — لتحقيق هذه الفكرة في اتحاد وتعاون مع المواطنين أعضاء هذا المجتمع المندمجين في هذه الفكرة .

فاجتماع هذه العناصر الاساسية اللازمة للشخصية من شأنه أن يصير الفكرة كائنا اجتماعيا متميزا ، له وعى بذاته وبصر بمصيره وأهدافه ، وقدرة على النشاط لتأكيد استمرار بقائه محققا غاياته بوسائله وأجهزته الخاصة ومتحملا مسؤولية أفعاله وتصرفاته (٤) .

واذا كانت هذه النظرية تفضل نظرية المصلحة بما تقدم من تحليل مبتكر لحياة الكائنات الجماعية مستوحية كنه الروابط والظواهر الاجتماعية ، فيبقى أنها نظرية يحوطها الكثير من الغموض ، وأن معيار الشخصية المعنوية فيها ما يزال يفقد دقة التحديد (٥) ، وأن الفصل بين «النظم الاشياء»

(١) Hauriou, op. cit., p. 97

(٢) ترى هذه النظرية أن الشخصية القانونية ليست إلا تعبيرا عن الشخصية المعنوية في المحيط القانوني ، أو هي أسلوبها القانوني (Hauriou, op. cit., p. 127).

(٣) Hauriou, op. cit., p. 96.

(٤) أنظر في بيان ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٨١٥ و ٨١٦ .

(٥) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, t. I, No. 1049, p. 1264.

ولذلك يعيب عليها بعض الفقهاء (Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72) ولذا من غير ما يفسر عدم تمتع الاسرة بالشخصية ، وهى نظام من أكثر النظم متانة واستقرارا .

و « النظم الاشخاص » فصل تحكمى يعوزه الوضوح والتبرير على السواء .
واذا كان ظاهر هذه النظرية قد يشعر بتجنبها محاولات بعض النظريات
الآخرى بناء الشخصية المعنوية او الاعتبارية على نسق وحذاء شخصية
الانسان الى حد التطرف العكسى غير المقبول فى محاولة بناء شخصية
الانسان نفسها على نسق وحذاء شخصية الجماعات واعتبارها كذلك
نظاما من النظم التى تقوم على فكرة موجهة معينة يعمل فى خدمتها ولتحقيقها
تنظيم معين بمعاونة واشتراك خلايا متعددة (١) ، الا أن هذه النظرية فى
حقيقة الامر ما تزال تدور فى الحلقة المفرغة التقليدية من محاولة تصوير
الشخص المعنوى على هيئة وتكوين شخص الانسان ، وآية ذلك أنها تستلزم
فى الكائن الاجتماعى وعيا بذاته ويصرا بأهدافه وتحكما فى وسائله بما يحقق
الغاية الموجهة .

٣٠٩ — جوهر حقيقة الشخصية الاعتبارية

هاتان هما النظريتان الأساسيتان فى تكييف طبيعة الشخصية الاعتبارية
على اختلاف وتباين صور كل منهما . وواضح مما قدمنا أنه يجب استبعاد
فكرة الافتراض فى هذا الشأن ، فلا يبقى الا التسليم بأن الشخصية
الاعتبارية تمثل حقيقة واقعية ، ولذلك نفضل اصطلاح « الشخصية
المعنوية » على اصطلاح « الشخصية الاعتبارية » الذى يستعمله المشرع
المصرى منذ صدور التنتين المدنى الحالى بخاصة ، لما ينطوى عليه الاصطلاح
الثانى من معنى الافتراض . غير أننا رأينا أن التصويرات المختلفة لهذه الحقيقة
ليست بالتصويرات المقنعة . من أجل ذلك ، ينبغى محاولة التماس تصوير
آخر لحقيقة الشخصية المعنوية او الاعتبارية يكون أكثر منطقا وقبولا ،
باستهداء الحقائق التى استخلصناها من مناقشة التصويرات المختلفة
لحقيقة هذه الشخصية والمدلول المحدد الذى أعطيناه للشخصية القانونية .

(١) انظر فى ذلك خامسة :

Hauriou, op. cit., pp. 108, 109.

والشخصية في نظر القانون — كما سبق البيان — انما تعنى فحسب مجرد صلاحية كائن من الكائنات لوجوب الحقوق له او عليه . وقد حددنا هذا الكائن بأنه كائن متميز ذو قيمة اجتماعية معينة (١) . وواضح انه ليس المقصود بالكائن المتميز كائنا حيا حياة طبيعية حسية عضوية بالضرورة ، فالحيوان بل والنبات كائن بهذا المعنى ولكنه لا يتمتع بالشخصية في نظر القانون ، وانما المقصود به كل موجود له وجود ذاتي مستقل وحقيقى . ويجب ان يؤخذ الوجود الحقيقى بالمعنى الواسع الذي يصرفه الى كل وجود مادي او معنوى ، لا بالمعنى الضيق الذي يقصره على الوجود المادي الجسي ، اذ ينبغى الحذر من الخلط بين المادة (matière) وبين الحقيقة (réalité) (٢) ، فليست الماديات المحسوسة وحدها هي التي تتمتع بوجود حقيقى . ويستوى في هذا الوجود الحقيقى أن يكون الكائن الموجود من خلق الطبيعة كالانسان ، أو من خلق الانسان ولخدمته (٣) — كالشركات والجمعيات والمؤسسات — ما دام لها من الوجود والكيان المستقل ما يميزها عن كيان وذاتية الشركاء والاعضاء والمنشئين .

ولكن ليس معنى ذلك ان كل كائن له وجود ذاتي مستقل وحقيقى على هذا النحو يتمتع حتما بالشخصية ، بل يلزمه لهذا التمتع — فضلا عن ذلك — ان يمثل قيمة اجتماعية معينة (٤) تجعله اهلا لان يدخل في الوجود القانونى كصاحب حياة قانونية مستقلة يصبح بمقتضاها مركزا للحقوق والالتزامات . فالشخصية القانونية انما تتحقق بتحويل الوجود الواقعى لمثل هذه الكائنات الى وجود قانونى توضع فيه على رأس حياة قانونية مستقلة ، ما دام ان لها من القيمة الاجتماعية ما يقتضى ويبرر مثل هذا التحويل . ولذلك فبعض الكائنات التي لها وجود ذاتي واقعى بل وحسى

(١) راجع سابقا ، ص ٤٩٨ و ٤٩٩ .

(٢) Dabin, p. 135

(٣) Dabin, p. 151

(٤) في هذا المعنى :

Réglaide, pp. 75, 76. — Dabin, pp. 148, 149.

وانظر كذلك سابقا ، ص ٤٩٨ و ٤٩٩ .

كالحیوانات ، اذا دخلت مرحلة الوجود القانونى فلا تدخل فيه باعتبارها صاحبة حياة قانونية مستقلة ، لانه ليس لها من القيمة الاجتماعية ما يبرر وضعها على رأس مثل هذه الحياة وجعلها مركزا وصلحبة للحقوق والالتزامات ، وانما تدخل فيه — بحكم طبيعتها التى تجعلها مسخرة لخدمة الانسان — بوصفها شيئا تابعا ومحلا وموضوعا لحقوق الاشخاص ذوى الحياة القانونية المستقلة (١) .

فالانسان اذا كانت له الشخصية القانونية اليوم ، 'فليس ذلك مؤسسا اذن على شخصيته الفلسفية او النفسية ولا على تكوينه العضوى او الحيوى الخاص ولا على ارادته المستكة او الناشطة ، وانما تثبت له الشخصية باعتباره كائنا له كيان ذاتى مستقل ويمثل من القيمة الاجتماعية ما يحتم وضعه على رأس حياة قانونية مستقلة واعتباره مركزا صالحا لان تسند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق والتزامات .

وكذلك الشأن فى الدولة والجمعيات والشركات والمؤسسات والاقواق وغيرها من صور الكائنات الجماعية او الاجتماعية ، فهى كائنات لها وجودها الذاتى والحقيقى فى الحياة الاجتماعية، وتمثل من القيمة الاجتماعية ما يدخلها فى نطاق القانون صاحبة لحياة قانونية مستقلة ومركزا للحقوق والالتزامات اى شخصا من اشخاص القانون . ومثل هذه القيمة الاجتماعية تتوافر لهذه الكائنات حينما يصبح وجود هذه الكائنات مفروضا بالضرورة . وهو ما يتحقق امام ضخامة بعض الاهداف الانسانية المشروعة ذات القيمة الاجتماعية او الرغبة فى استدامتها على مر اجيال طويلة متعاقبة ، اذ يكون من الخطر اسناد هذه الاهداف الى كائن فردى بعينه وربط مصيرها بمصيره ، مع ما هو معلوم من طاقته المحدودة وظروفه غير المضمونة وحياته الموقوتة . بل ينبغى الاعتراف لهذه الاهداف بحياة مستقلة عن

(١) فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit., p. 147.

حياته ، وقدرة قوية تطاول قوته ، وهو ما لا يتأتى الا باسنادها الى هذه الكائنات الجماعية او الاجتماعية ، التى توجد كما راينا وجودا حقيقيا وان لم يكن ماديا فى الحياة الاجتماعية ، والتى تتمتع — رغم خروجها من تجمع وتكامل عدد من الافراد او رصد فرد أو افراد مجموعة من الاموال على تحقيق هذه الاهداف — بكيان ذاتى مستقل لا يختلط بكيان ذاتية مكونيها او منشئها من الافراد .

ومن ذلك تتضح حقيقة الشخصية المعنوية او الاعتبارية وقيلامها على عنصرين اساسيين :

١ — كائن جماعى أو اجتماعى يخرج من تجمعات فردية أو مالية ويتمتع بكيان ذاتى مستقل عن كيان وذاتية مكونيه او منشئيه من الافراد . ووجود مثل هذا الكائن وجود حقيقى لا افتراض فيه ، ما دمتنا نفصل الشخصية القانونية عن الشخصية الفلسفية او النفسية ولا نقصر الحقيقة على الحقيقة المادية وحدها ، ودون حاجة الى اصطناع وعى أو تكوين عضوى أو ارادى له مماثل للانسان .

٢ — توافر قيمة اجتماعية لهذا الكائن ، متأتية من قيمة الهدف الذى يسمى الى تحقيقه ، ومن قدرته وأفضليته على الكائن الفردى فى هذا التحقيق .

فاذا توافر هذان العنصران ، استوى الكائن الجماعى او الاجتماعى على رأس حياة قانونية مستقلة متعلقة بهذا الهدف وصار مركزا تسند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق والتزامات ، اذ يكون حينئذ أهلا لان يستأثر بما يتعلق بهذا الهدف من قيم وسلطات ويتحمل بما يفرضه من واجبات وتبعات .

ويراعى اننا نستبعد من مقومات وعناصر الشخصية المعنوية او الاعتبارية ما يتفق عليه كثير من النظريات والآراء (١) من استلزام وجود تنظيم معين

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة : =

للشخص المعنوى يعمل فى خدمة غرضه او فكرته بأجهزة وأدوات خاصة به . وليس معنى ذلك أننا ننكر الحاجة الى وجود مثل هذا التنظيم ، فهو ضرورى ولكن لنشاط الشخصية المعنوية لا لوجودها . وليس فى ذلك غرابة ، فالصغير غير المميز يتوافر على الشخصية لجرد كونه كائنا ذاتيا ذا قيمة اجتماعية ، دون استلزام قيامه بنفسه بما تستلزمه شخصيته من نشاط اذ ينوب عنه فى ذلك شخص آخر هو الولى او الوصى . وكذلك الحال فى الأشخاص المعنوية او الاعتبارية التى تتوافر لها مقومات وجود الشخصية بكيانها الذاتى المستقل ذى القيمة الاجتماعية ، ثم تحتاج من بعد الى جهاز وتنظيم معين يباشر عنها نشاطها .

المطلب الثانى

ابتداء الشخصية الاعتبارية

٣١٠ — اكتساب الشخصية الاعتبارية منوط باعتراف القانون

إذا كانت شقة الخلاف النظرى واسعة على ما رأينا بين نظريات الافتراض ونظريات الحقيقة حول طبيعة الشخصية المعنوية او الاعتبارية ، فلم تلبث أن انعكست على تحديد مدى سلطان المشرع ازاء الأشخاص المعنوية من حيث اكتساب شخصيتها . اذ رتب أنصار نظرية الافتراض عليها أن الشخصية المعنوية او الاعتبارية تكون منحة من المشرع ، بحيث تترك لمحض حريته وتقديره دون قيد او الزام عليه فى ذلك . بينما رتب أنصار نظريات الحقيقة نتيجة عكسية ، مقتضاها أن الأشخاص المعنوية

Michoud, t. I, Nos. 54, 55. — Hauriou, pp. 98, 102 et s. — Bonnetcase, t. IV, No. 155. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, Nos. 393 - 395. — Dabin, pp. 148, 149, 163.

شفيق شحاته ، فقرة ١١٩ و ١٢٠ . — عبد المصم فرج الصدة ، فقرة ١١٧ . — سليمان مرقس ، فقرة ٢٣٧ . — اسماعيل غانم ، ص ٢٢١ .

أو الاعتبارية ما دامت تعبر عن حقائق واقعية ، فشخصيتها القانونية لازمة وقائمة تقترض نفسها على المشرع بحيث لا يمكن انكارها اذا توافرت مقوماتها .

ويبدو أن من المخالفة رد أمر التقييد أو الإطلاق في حرية نشوء مثل هذه الكائنات الجماعية واكتسابها الشخصية الاعتبارية الى الخلاف حول طبيعة هذه الشخصية وهل هي افتراضية أو حقيقية (١) ، إذ ليس من المقبول في ظل القوانين الوضعية — وأيا كانت طبيعة هذه الشخصية — انكار الحاجة الى تدخل المشرع لاكتساب هذه الشخصية وابتدائها كما ذهب الى ذلك بعض غلاة انصار نظرية الحقيقة . وليس في ذلك ما يناقض ما انتهينا اليه من حقيقة هذه الشخصية ، أو ما يحمل معنى التسليم بأن المشرع انما يخلق بذلك الشخصية لهذه الكائنات خلقا صناعيا من العدم في شكل منحة يتفضل بها عليها . فليس تدخل المشرع مرادفا دائما للتحكم أو للافتراض ومخالفة الحقيقة ، وانما يكون تدخله بمثابة الاعتراف بماتوافر لهذه الكائنات في الحياة الاجتماعية من وجود حقيقي يستند الى مقومات معينة تجعلها أهلا لأن توضع على رأس حياة قانونية مستقلة بما تستتبعه من حقوق والتزامات ، فهو في تدخله في اكتساب وابتداء الشخصية الاعتبارية انما يلتزم حكم الواقع والحقيقة لا يعدوه الى الاصطناع والافتراض، فلا يقوم إذن بالخلق بقدر ما يقوم بالاعتراف (٢) .

وإذا كان تدخل المشرع لازما لاكتساب وابتداء الشخصية الاعتبارية على هذا النحو من الاعتراف والتعبير عن حقائق الواقع ، فليس معنى ذلك أن المشرع يلتزم بهذا الاعتراف التزاما مفروضا ، إذ يبقى الأساس في الشخصية الاعتبارية — وهو القيمة الاجتماعية التي تعطى الكائن الجماعي

(١) في هذا المعنى :

اسماعيل غنم ، ص ٢١٩ .

(٢) في هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 58, p. 130.

صلاحية تصدر حياة قانونية مستقلة — أمرا نسبيا يخضع لاعتبارات كثيرة أهمها اعتبارات العدل واختلاف صورته وحلوله والترجح بالتالي بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، وهو ما يفسح للمشرع — باستحياء هذه الاعتبارات — حرية في الاعتراف غير قليلة .

وعلى أى حال ، فتدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وتوقف اكتسابها على هذا الاعتراف ليس بالتدخل الغريب ولا القاصر على الأشخاص الاعتبارية وحدها ، حتى يحتاج الأمر الى انكاره أو التجاوز عنه احتفاظا للشخصية الاعتبارية بصفاتها الحقيقية . فالشخصية الطبيعية كذلك تستلزم مثل هذا الاعتراف وتتوقف عليه (١) ، دون أن يمارى أحد في صفاتها الحقيقية . كل ما في الأمر أن الاعتراف بها لم يعد يثير النظر أمام شمولها اليوم الناس كافة نتيجة ما انتهى اليه التطور من التسليم بما لكل فرد من قيمة اجتماعية تؤهله لحياة قانونية مستقلة يكون صاحبها وعلى رأسها ، خلافا لما كان عليه الحال في الشرائع القديمة حين كانت القيمة الاجتماعية قاصرة على الأحرار وحدهم دون الإرقاء . أما الشخصية الاعتبارية ، فإذا كان يلزمها اعتراف المشرع كالشخصية الطبيعية ، إلا أن هذا الاعتراف يمثل أهمية خاصة وظاهرة بالنظر الى عدم تساوى الكائنات الجماعية من جماعات الأفراد ومجموعات الأموال الموجودة في المجتمع في التوافر على القيمة الاجتماعية اللازمة لتشخيصها ، وهى نفس الأهمية التى كانت ثابتة للاعتراف بالشخصية الطبيعية في الشرائع القديمة كما أشرنا .

فتسفل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية هو نفس تدخله اذن للاعتراف بالشخصية الطبيعية ، وإن كانت سلطته في الاعتراف بالشخصية الأولى أوسع مدى ، نتيجة ما يقع عليه من واجب التيقن من توافر القيمة الاجتماعية للكائن الجماعى بالتحقق من هدفه وقدره في ميزان القيم

(١) في هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 56.

الاجتماعية ومدى حاجته الى حياة قانونية مستقلة تكفل تحقيقه ، ونتيجة تكوين هذا الكتئن وصدوره عن تصرفات الافراد واراداتهم التى تخضع لحكم المشروع ورقابته للتأكد من سلامتها ومشروعيتها (١) .

٣١١ — الاعتراف العام والاعتراف الخاص

اذا كان تدخل القانون او المشرع لازما على هذا النحو للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وابتدائها ، فهو يتخذ احدى صورتين : صورة الاعتراف العام ، أو صورة الاعتراف الخاص .

اما صورة الاعتراف العام ، فتتحقق بوضع المشرع ابتداء شروطا عامة ، اذا توافرت فى أى جماعة من الاشخاص او مجموعة من الاموال ، اكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية المعنوية بقوة القانون، دون حاجة الى ترخيص أو اذن خاص من جانب المشرع بصدد تكوين كل جماعة أو مجموعة منها على حدة . وهذا الاعتراف اعتراف غير مباشر ينشأ عن تنظيم تشريعى سابق لنماذج معينة من جماعات الاشخاص او مجموعات الاموال ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « طريقة التنظيم القانونى » (Système de la réglementation légale) (٢) .

واما صورة الاعتراف الخاص ، فتستلزم صدور ترخيص أو اذن خاص من المشرع بقيام الشخصية المعنوية لكل جماعة من الاشخاص او مجموعة من الاموال عند تكوين كل منها على حدة . وهذا الاعتراف — على خلاف الاعتراف العام — اعتراف مباشر وفردى ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « نظام الاذن أو الترخيص » (Système de l'autorisation) (٣) .

(١) فى هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 57.

Michoud, t. I, No. 58, p. 131. — Coulombel, Encyclopédie, t. III, No (٢)
7, p. 760.

Coulombel, ibid. (٣)

وظاهر أن طريق التنظيم القانوني أو الاعتراف العام أكثر سعة وسماحة من طريق الترخيص أو الاعتراف الخاص تجاه قيام الأشخاص المعنوية . ولئن كان الطريق الأخير في أصله مناسبا للنزعة الفردية بالنظر إلى تركيز اهتمامها في الفرد ومبادئها للجماعات التي تتوسط بين الفرد والدولة ، ومستجيبا لنوازع الحذر التقليدي عند المشرع من قيام بعض أشخاص معنوية قوية قد تشكل خطرا على الدولة ، إلا أن الحاجة إليه لم تنقطع اليوم على الأقل بوصفه طريقا استثنائيا أو احتياطيا إلى جانب الطريق الأول . إذ يمكن المشرع من مراعاة ما يلزم من بحث وتدقيق في شأن بعض الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية ذات الاهمية ، ومن مواجهة ما قد يجد في المستقبل من جماعات أشخاص أو مجموعات أموال متشكلة في غير الصور التي يعرفها التنظيم القانوني الحاضر وتقضى الضرورة والمصلحة بالاعتراف لها كذلك بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية (١) .

وقد جمل القانون المصري الاعتراف العام هو الأصل ، والاعتراف الخاص هو الاستثناء . فيمكن الاعتراف العام في شأن شخصية الدولة والمحافظات والمسدن ، والقرى ، والأوقاف ، والشركات ، والجمعيات ، والمؤسسات الفاعلة (م ١/٥٢ و ٣ و ٤ و ٥ مدني) . وفيما عدا ذلك ، لا تثبت الشخصية الاعتبارية إلا بمقتضى اعتراف خاص (م ٥٢ / ٦ مدني) .

٣١٢ — مركز الشخص الاعتباري في مرحلة تكوينه

إذا كان اكتساب الشخصية الاعتبارية منوطا باعتراف القانون على النحو السابق ، فيتحدد وقت ابتداء هذه الشخصية إذن بتمام تكوينها وفق التنظيم القانوني في صورة الاعتراف العام ، أو بصور الترخيص أو الإذن الخاص في صورة الاعتراف الخاص ، ومعنى هذا أنه في مرحلة تكوين

(١) في هذا المعنى :

المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري الحالي ، مجموعة الأعمال التفسيرية ج ١ ، ص ٣٧٣ . — اسماعيل علقم ، ص ٢٢٨ .

الشخص الاعتبارى وقبل تمام هذا التكوين أو صدور هذا الانن، لا تثبت له اية شخصية بعد فى نظر القانون .

ولكن مرحلة تكوين بعض الاشخاص الاعتبارية وتأسيسها ، وخاصة الشركات المساهمة ، قد يستغرق وقتا طويلا يقوم فيه المكونون أو المؤسسون بأعمال وتصرفات يقتضيها التكوين أو التأسيس ويقصد تحقيقه ، مما يرتب حقوقا والتزامات يجب تحديد من تسند اليه من الاشخاص . ويتجه الفقه الحديث (١) — أمام خطورة اسناد هذه الحقوق والالتزامات الى المؤسسين — الى استباق تمام تكوين الشخص الاعتبارى، والاعتراف له من قبل ذلك بنوع من الشخصية فى حدود غرض التكوين أو التأسيس وحده ، بحيث تسند اليه أثناء مرحلة التكوين — لالى اشخاص المؤسسين — الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتأسيس .

وايا كان الرأى فى تأصيل مثل هذا الفقه واسناده الى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير أو الى فكرة الفضالة أو الى غيرها من الاسس ، فمن الثابت ان ثم تشلها بين مركز الشخص الاعتبارى فى مرحلة التكوين وبين مركز الشخص الطبيعى فى مرحلة الحمل ، مما يبرر الاعتراف للشخص الاعتبارى فى هذه المرحلة بالشخصية كما يعترف القانون للجنين قبل ولادته بالشخصية ، على ان يتوقف مصر اسناد الحقوق والالتزامات الى الشخص الاعتبارى فى هذه المرحلة على تمام تكوينه تكوينا صحيحا من بعد كما يتوقف مسير الحقوق المسندة الى الجنين على ولادته حيا (٢) . فاذا استحال من بعد تمام تكوين الشخص الاعتبارى ، اعتبرت شخصيته كأن لم تقم أبدا وكان لم تثبت له بالتالى حقوق أو التزامات قط .

Sébag, La condition juridique des personnes physiques et des per. (١)
sonnes morales avant leur naissance, thèse Paris, 1938. — Planiol, Ripert
et Savatier, t. I, No. 92. — Mazeaud, t. I, No. 608. — Marty et Raynaud,
No. 1053.

مبطل كمال طه ، ج ١ ، فترات ٢٦٥ ، و ٤٢٢ و ٤٢٣ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٥٠٧ و ٥٠٨ .

غير أن التشابه بين الشخص الاعتبارى فى مرحلة التكوين وبين الجنين فى مرحلة الحمل لا يعنى تطابقا تاما فى المركز (١) . فيبدو أن مدى الشخصية الاعتبارية هنا أو أهلية وجوب الشخص الاعتبارى فى دور التكوين أوسع من أهلية وجوب الجنين ، فلا تقتصر فى الاصل مثلها على ما يتحضر لصالحه من حقوق ، بل تنصرف كذلك الى ما قد يضره من التزامات (٢) ما دامت فى حدود ويقصد التأسيس .

وعلى أى حال ، ففى نصوص القاتون المصرى ما يسمح بالقول بإمكان قيام شخصية للشخص الاعتبارى فى دور التكوين . اذ ينص قانون الشركات المساهمة على أن المبلغ الخفوع من المكتتبين يودع لحساب الشركة تحت التأسيس (م ٢/٦) ، وعلى وجوب تضمين عقد انشاء شركة المساهمة ونظامها بيانا تقريبا لمقدار المصروفات والتنفقات والاجور والتكاليف التى تلزم الشركة بأدائها بسبب تأسيسها (م ٧/١) (٣) . وينص قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام على أن « تنتقل الى شركة القطاع العام بمجرد شهرها فى السجل التجارى آثار جميع التصرفات التى أجريت لحسابها قبل الشهر ، كما تتحمل الشركة جبيع المصاريف التى انفتت فى تأسيسها » (م ٣/٣٦) .

المطلب الثالث

مدى الشخصية الاعتبارية

٢١٢ — أهلية وجوب الشخص الاعتبارى المحدودة

إذا كان من الواجب التفرقة — كما سبق البيان — بين الشخصية

(١) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, t. I, No. 1053, p. 1274

(٢) Marty et Raynaud, t. I, p. 1274, note « 1 »

(٣) مصطفى كمال طه ، ج ١ فقرة ٢٢ ، ص ٤٤٨ و ٤٤٩ .

المقانونية وبين أهلية الوجوب على أساس اعتبار الأولى صلاحية كائن لأن ينسب إليه الحق والالتزام بصفة عامة أى الصلاحية المجردة واعتبار الثانية هى مدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات أى الصلاحية الواقعية^(١)، فمن الواضح أن الشخص الاعتبارى له نفس ما للشخص الطبيعى من صلاحية مجردة لأنه صالح من حيث المبدأ مثله لأن يكون صاحب حق أو التزام فيتوافران إذن على ذات الشخصية . ولكلها يختلفان بعد ذلك فى مدى هذه الصلاحية أى فى الصلاحية الواقعية من حيث نطق وقدّر ما يسند الى كل منهما من حقوق والتزامات بالنظر الى ما بينهما من اختلاف التكوين والغرض ، فيتفاوتان إذن فيما لكل منهما من أهلية وجوب . وعلى هذا النحو ، اذا كان الشخص الاعتبارى — كالشخص الطبيعى — صاحباً للحقوق والتزامات ، فهو ليس حتماً صاحباً لنفس أو كل حقوق الشخص الطبيعى والتزاماته^(٢) ، بل تضيق أهلية وجوبه عن أهلية وجوب الشخص الطبيعى ، فنقتصر لزماً عن الاحاطة ببعض ما تتسع له أهلية وجوب الشخص الطبيعى من حقوق والتزامات .

واذا كانت أهلية وجوب الشخص الاعتبارى أضيق نطاقاً من أهلية وجوب الشخص الطبيعى بوجه عام ، فنراعى أنه اذا كان الاصل فى شأن الأشخاص الطبيعية هو التساوى فى أهلية الوجوب الا فى حالات استثنائية نادرة ، فعلى خلاف ذلك يكون الاصل فى شأن الأشخاص الاعتبارية هو الاختلاف والتفاوت فى أهلية الوجوب . أى أنه لا توجد فى الاصل أهلية وجوب واحدة للأشخاص الاعتبارية — كما هو الوضع بالنسبة للأشخاص الطبيعية — بل مجموعة من أهليات الوجوب المختلفة^(٣) ، ولذلك يقال أن

(١) راجع سابقاً ، ص ٥٠٠ و ٥٠١ .

(٢) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 73.

(٣) قرب من ذلك :

Mazeaud, t. I, No. 595.

المساواة المدنية بين الأشخاص الطبيعية غير قائمة بين الأشخاص الاعتبارية (١) . ومرجع ذلك الى تفاوت أغراض الأشخاص الاعتبارية تفاوتنا كبيرا وتنوعها فيما بينهما أنماطا مختلفة ، مما يفاوت بالتالي بينها فيما يسند اليها من حقوق والتزامات .

٢١٤ — قيود اهلية وجوب الشخص الاعتباري

قلنا ان اهلية وجوب الشخص الاعتباري محدودة بالقياس الى اهلية وجوب الشخص الطبيعي بالنظر الى ما بين الشخصين من اختلاف في التكوين والغرض . ومعنى ذلك أنه ترد على اهلية وجوب الشخص الاعتباري قيود معينة لا ترد على اهلية وجوب الشخص الطبيعي . وهذه القيود يمكن ردها الى نوعين رئيسيين : نوع اول يرجع الى طبيعة تكوين الشخص الاعتباري واختلافه في ذلك عن الشخص الطبيعي ، اذ لا يتصور ان يسند الى الشخص الاعتباري ما يسند الى الشخص الطبيعي من حقوق والتزامات ملازمة لطبيعة الانسان ، ونوع ثان يفرضه مبدا تخصص الشخص الاعتباري — على خلاف الشخص الطبيعي — بفرض معين يتحدد به وحده ما يسند اليه من حقوق والتزامات . فنعرض لكل من النوعين من القيود فيما يلي :

١ — **الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الانسان** : اذا كان الشخص الاعتباري يتمتع بالشخصية كالشخص الطبيعي ، فواضح ان الاختلاف بينهما في طبيعة التكوين يحتم تضيق اهلية وجوب الشخص الاعتباري عن اهلية وجوب الشخص الطبيعي واستبعاد اسناد الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الانسان الى الشخص الاعتباري . وقد عبرت عن هذا القيد الطبيعي الذي يرد على اهلية وجوب الشخص الاعتباري المادة ١/٥٣ من التقنين المدني

بقولها « الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية » .

ولذلك فمن المستحيل عقلا تطبيق النظم المؤسسة على طبيعة الانسان، مثل تلك التى تفترض سنا او جنسا او قرابة (١) او جسدا على الشخص الاعتبارى . فيمتنع اذن أن يسند الى الشخص الاعتبارى التزامات وحقوق الاسرة الناشئة عن الزواج ، مثل حق المعاشرة الجنسية بين الأزواج ، والسلطة الابوية (٢) ، وحق النسب ، والطلاق والالتزام بالنفقة للولاد او الزوجة او المطلقة . او أن تسند اليه الالتزامات والحقوق المتصلة بالكيان الجسدى للانسان ، مثل واجب الخدمة العسكرية او حق السلامة الجسمية او البنية فى رأى من يعده حقا ويدرجه تحت حقوق الشخصية . او أن تسند اليه الحقوق المترتبة على الزوجية او القرابة حتى ولو كانت حقوقا مالية ، كحق الارث (٣) .

ويذهب بعض الفقهاء الى انكار تمتع الشخص الاعتبارى بالحقوق السياسية ، وخاصة حق الانتخاب والترشيح ، على أساس أنها من الحق الملازمة لصفة الانسان (٤) . ولكن الواقع أنه ليس فى طبيعة الحقوق السياسية ما يفترض حتما نسبتها الى فرد انسانى او يجعلها من الحقوق الملازمة له والمقصورة عليه ، اذ هى تعبير عن المشاركة فى

(١) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 43, p. 763

(٢) ومع ذلك ، نبيض الشرائع الحديثة — كالتانون الفرنسى — يتيح اثبات بعض حقوق السلطة الابوية لاشخاص معنوية ، ككؤسسات المساعدة الاجتماعية . ولكن ظاهر أن ذلك ليس الا استثناء محضا يؤسس على الافتراض وتقليد الحقوق المنفردة عن رابطة الدم والنسب انظر :

Michoud, t. II, No. 214, p. 87.

(٣) ومن التحيز فى التصير اعتبار الدولة صاحبة حق فى ارث من لا وارث له (انظر مع ذلك : عبد الهى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٧٤) . ذلك أن اسباب الارث اسباب افتراض وجود انسان ، فلا يتصور توارثها للشخص معنوى كالدولة . فاستطاع الدولة لتركه من لا وارثله، كما هو مقرر فى القانون المصرى، لا نشت لها اذن بمقتضى حق فى الارث ، وانما بمقتضى مالها من حق الولاية العلية على التوال التى لا ملك لها (فى هذا المنهج : محمد سالى مذكور ، هائس « ١ » ، ص ١٦١) .

(٤) جيل الشرقاوى ، ص ١٨٦ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٧٩ .

حكم الدولة ، وهذه المشاركة — كما تتصور من جانب الفرد — قد تتصور كذلك من جانب بعض الكائنات الجماعية المؤلفة خاصة من جماعات من الأشخاص ، والشرائع المختلفة تتضمن أمثلة على ذلك (١) .

وقد اختلف في شأن الحق المعنوي للمؤلف على مصنفه ، هل يعتبر من الحقوق الملازمة لطبيعة الإنسان فيستحيل بالتالي اسناده الى الشخص الاعتباري (٢) أم لا يعتبر من هذه الحقوق فيتصور ثبوته للشخص الطبيعي وللشخص الاعتباري على السواء . ونحن نرى أن الابتكار أو الخلق الذهني — وهو معيار المؤلف وحقوقه المعنوية — ليس الا نتيجة وعى وتفكير عقلى ، وصدى انتفال وانطباع نفسى ، وهو ما لا يتصور صادراً الا عن الانسان وحده باعتباره الكائن المتوافر على عقل ونفس وقدرة على الاستخراج منهما والتعبير . فيكون من الافتراض وقسر الطبيعة اذن تصوير الشخص الاعتباري بوصفه مؤلفاً يتمتع بحقوق المؤلف المعنوية كالشخص الطبيعي (٣) ، وهو على نقبضه يفتقد — بحسب تكوينه — أداة ومناطق الانتكار والخلق الذهني . ومع ذلك ، فقد اعترف المشرع المصرى صراحة للشخص الاعتباري بوصف المؤلف وحقوقه على المصنفات الجماعية التى يوجهوينظم ابتكارها ويتكفل بنشرها تحت ادارته (م ٢٧ من القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٥٤) (٤) .

(١) فمن ذلك أن الولايات هي التي تمثل في مجلس الشيوخ الأمريكى ، وأن الجامعات تمثل في مجلس العموم البريطانى Michoud, t. II, Nos. 223, 224 ، وأن بعض السفائر تلخذ بتبثيل المهن والحرف في المجالس التشريعية (انظر : عبد الحميد بقولى ، الوسيط في القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٢ وما بعدها) . وأن الدستور المصرى لسنة ١٩٥٦ كان يجعل للاتحاد القومى حق الترشيح لمعضوية مجلس الأمة (م ١٩٢ / ٢) .

(٢) انظر خاصة في انكار وصف المؤلف على الشخص المعنوى :

Marty et Raynaud, t. I, No. 1058, p. 1280

حسب الدين الوكيل ، ص ١١١ و ١١٢ .

Desbois, No. 163 (٣)

وانظر كذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٤٤ و ٦١٥ — ٦١٧ .

(٤) انظر في ذلك : سلبنا ، ص ٤٦٨ و ٤٦٩ ، وكتابنا سالف الذكر ص ٦٤٤ .

٢ — مبدأ التخصص : اذا كان الاصل ان الشخص الطبيعي صالح ليكون صاحبا للحقوق والالتزامات عامة دون تحديد ، فالشخص الاعتباري — على خلاف ذلك — تخصص صلاحيته لذلك دون تعميم ، فلا يصلح الا للحقوق والالتزامات المتعلقة بغرضه دون غيرها مما يجاوز هذا الغرض . ويرجع هذا الاختلاف الجوهرى ، الذى تضيق نتيجة له اهلية وجوب الشخص الاعتباري عن اهلية وجوب الشخص الطبيعي ضيقا كبيرا ، الى الاختلاف المحتوم فى الغرض بين الشخصين .

فالشخص الطبيعي لا ينحصر فى غرض بعينه ، لان قيمته الاجتماعية تأتية من ذاته بصرف النظر عما يسلك من سبل نشاط أو يستهدف من اغراض مختلفة . ولذلك فالاصل ان كل الاغراض مباحة ومطروقة له دون حصر أو تحديد ما دامت لا تنافى حكم القانون (١) . فلا تخصص صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه اذن بغرض معين أو جملة معينة من الاغراض ، بل تنسع لتستوعب كل غرض مشروع ايا كان هو وما يتعلق به من حقوق والتزامات .

اما الشخص الاعتباري ، فالاصل ارتهان وجوده وقيام شخصيته بهدف معين ، مما يحدد بالتالى اطار حياته القانونية المستقلة بحدود هذا الغرض ، فيحتم تخصصه به وانحصاره فيه بحيث لا يصلح مركزا الا لما يتعلق به وحده دون غيره من حقوق والتزامات (٢) . ولذلك يخضع الشخص الاعتباري — دون الشخص الطبيعي — لمبدأ التخصص بغرض معين (Le principe de la spécialité) ، مما ينكمش بأهلية وجوبه عن اهلية وجوب الشخص الطبيعي المطلقة التسمية لمختلف ومتعدد الاغراض .

(١) فى هذا المعنى :

Michoud, t. II, No. 243. — Capitant, No. 193, p. 245. — Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 36, p. 762.

(٢) تارن : Michoud, t. II, No. 243, pp. 153-155

ومبدأ التخصص الذى يقيد ويحد من أهلية وجوب الشخص الاعتبارى على هذا النحو مبدأ مسلم ، إما كان وجه النظر فى طبيعة الشخص الاعتبارية أساس هذا المبدأ عند نظرية الافتراض ، أن الشخصية الاعتبارية ما دامت منحة من خلق المشرع وصنعه ، فملك المشرع كذلك الحد من مداها وقصر ما يتفرع عنها من أهلية وجوب على القدر الضرورى من منحها وخلقتها . ولكن هذا الأساس يتغير بطبيعة الحال فى منطق النظر الى الشخصية الاعتبارية بوصفها حقيقة واقعية ، اذ ما دامت هذه الحقيقة مرتبطة بالغرض الذى يستهدف الشخص الاعتبارى تحقيقه وبما يمثل هذا الغرض من قيمة اجتماعية ، فمقتضى ذلك وجوب انحصار حياته القانونية فى نطاق هذا الغرض وحده (١) ، وتركز صلاحيته فيما يندرج تحت هذا الغرض من حقوق والتزامات وثلاثيها فيما يجاوزه منها (٢) . فمبدأ التخصص لا يناقض ان ما للشخصية الاعتبارية من صفة حقيقية ، بل هو أسد منطقاً وأفضل تاصيلًا باستقراره على هذه الحقيقة من اقلته على الصفة الافتراضية المزعومة للشخصية الاعتبارية .

وقد اعلن المشرع المصرى مبدأ التخصص كبدأ عام (٣) ، وطبقه تطبيقات خاصة فى صدد بعض الاشخاص الاعتبارية (٤) .

واذا كانت الاشخاص الاعتبارية تخضع لمبدأ التخصص ، فإمضى أن تخصصها بغرض معين قد يكون تخصصاً قانونياً (spécialité légale) ،

(١) قرب من ذلك :

Michoud, t. II, No. 244. — Saleilles, pp. 641-642.

(٢) ويفرغ بعض النقاء على اختلاف أساس مبدأ التخصص تبعاً للاخذ بنظرية الافتراض أو بنظرية الحقيقة ، أن هذا المبدأ فى ظل الافتراض لا يصلح للتوسع فى تفسيره . بل يقتله فى ظل نظرية الحقيقة .

انظر فى ذلك : Saleilles, pp. 643, 644 .

(٣) اذ ينص على أن « للشخص الاعتبارى أهلية فى الحدود التى يعينها سند إنشائه أو التى يقرها القانون » (م ٥٣ / ٢ ب مضم) .

(٤) تنص المادة ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ على أن يجوز حل الجمعية بقرار مسبب من وزير الشؤون الاجتماعية « اذا تصرف فى أموالها فى غير الأوجه المحددة لها طبقاً لأغراضها » .

وقد يكون تخصصا نظاميا (spécialité statutaire) . ويتحقق التخصص القانوني نتيجة انتماء الشخص الاعتباري الى نموذج معين دون غيره من نماذج الاشخاص الاعتبارية التي يحددها القانون (١) ، كالشركة تتخصص باقتسام الربح ، والجمعية تتخصص بفرض غير الحصول على ربح مادي ، والمؤسسة الخاصة تتخصص بعمل من أعمال البر او الرعاية الاجتماعية او النفع العام . ويتحقق التخصص النظامي عن طريق النص في نظام الشخص الاعتباري على موضوع أكثر تحديدا داخل نطاق الغرض الاصلى والتخصص القانوني (٢) ، كتخصيص شركة بصناعة المنسوجات القطنية ، او جمعية بأحياء التراث الادبي القديم ، او مؤسسة برعاية اليتامى من الاطفال او تشجيع الطلبة المتفوقين في فرع من فروع العلم والمعرفة ، او عن طريق التصريح في نظام الشخص الاعتباري باستبعاد بعض الموضوعات الداخلة في نطاق الغرض الاصلى والتخصص القانوني (٣) .

واذا كان مبدأ التخصص يقيد ويحد من اهلية وجوب الشخص الاعتباري على هذا النحو ، فسنرى من بعد اثره كذلك في الحد من نطاق نشاطه .

المطلب الرابع

مميزات الشخصية

٣١٥ — تمهيد

اذا كان للشخص الاعتباري من الشخصية ما للشخص الطبيعي رغم تفاوتهما في مدى اهلية الوجوب على ما بينا ، فثم مميزات للشخص الاعتباري مقابلة لمميزات الشخص الطبيعي ، ولكن دون أن يعنى ذلك قيام تماثل وتطبيق كامل بينهما في مدلول هذه المميزات أو في الضوابط والعناصر التي

(١) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, Nos. 37, 38, p. 762. —

Marty et Raynaud, t. I, No. 1059 p. 1281.

(٢) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 41, p. 763

Marty et Raynaud, t. I, No. 1059, pp. 1282. (٣)

نتحدد بها ، اذ يبقى بينهما من الفروق في طبيعة التكوين والفرض ما يفرق بينهما في عناصر أو مدلول ما يتوافران عليه من نفس الميزات .

نفترض فيما يلى لميزات الشخصية الاعتبارية المقابلة لميزات الشخصية الطبيعية من حالة واسم وموطن . ونعرض كذلك لما يميز الشخصية الاعتبارية من توافرها على ذمة مالية خاصة بها مستقلة عن ذمم اعضائها أو منشئها من الأشخاص الطبيعيين .

٢١٦ — حالة الشخص الاعتبارى

اذا كان الشخص الطبيعى — كما رأينا — يتميز بحالة معينة تحدد اساسا مركزه من الدولة ومن الاسرة واحيانا من الدين ، فواضح ان من انواع هذه الحالة ما لا يتأتى نسبته الى الشخص الاعتبارى نظرا لاختلاف طبيعته وتكوينه عن طبيعة وتكوين الشخص الطبيعى . اذ من البديهي انه لا يتصور وجود حالة عائلية للشخص الاعتبارى ، فهى قاصرة بالطبيعة على الفرد الانسانى ، ولذلك أشرنا من قبل الى عدم تمتع الشخص الاعتبارى بما يتمتع به الشخص الطبيعى من حقوق الاسرة . وأما الحالة الدينية ، وهى تقوم على فكرة الانتماء الى دين أو عقيدة دينية معينة ، فواضح انها كذلك من خصائص الانسان وحده الذى تتوجه اليه الاديان فترتبط بأحدها ارتباط ايمان (١) . فنتبقى بعد ذلك الحالة السياسية أو الجنسية ، وهذه يتصور توافرها للشخص المعنوى كالشخص الطبيعى ، ولكن مع اخلاف بينهما فى مدلولها وعناصرها .

(١) واذا كانت بعض الصلاحيات تنص على دين معين للدولة ، فليس معنى ذلك أن للدولة عقيدة دينية وحالة دينية كالأفراد تؤثر فى مدى ما تتمتع به من حقوق ، وإنما القصد من ذلك مجرد اعلان بالاعتزاز بالدين الذى ينتمى اليه غالبية رعايا الدولة ، ولكن دون نرضه على من لا يدينون به من الرعايا والقاطنين ، فقد صارت حرية العقيدة الدينية اليوم فى طبيعة الحريات الاساسية للفرد التى تلزم كل دولة بلحترامها وتوفرها للأفراد جميعا دون تفرقة .

جنسية الشخص الاعتبارى (١) : يذهب كثير من الفقهاء الى انكار تميز الشخص الاعتبارى بجنسية على غرار الشخص الطبيعى ، ولا يرون فى الجنسية المزعومة للشخص الاعتبارى الا صدى للحلولات الفقهية غير الموافقة لاصطناع تشابه وتمثيل تام بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى . ذلك ان الجنسية هى رابطة قانونية وسياسية بين الدولة والافراد المكونين لها ، بحيث يتحدد بها عنصر الشعب فى الدولة ، وهو ما يجعلها عقلا قاصرة على افراد الناس وحدهم اذ من غير المتصور النظر الى الاشخاص الاعتبارية بوصفها اعضاء فى دولة أو جزاء من شعب (٢) . وكذلك فان الجنسية انما تبنى على ما يقوم بين الافراد ووطنهم من روابط عاطفية ونفسية مختلفة ، وليس لمثل هذه الروابط بداعة معنى أو وجود بالنسبة الى الاشخاص الاعتبارية التى ليس لها جسم يتحمل بالالام أو روح يتعلق بالمثل والامال (٣) .

ولكن انكار الجنسية على الشخص الاعتبارى على هذا النحو ، انما يقوم على افتراض أن مميزات الشخص الطبيعى لا يمكن ثبوتها للشخص الاعتبارى الا على نفس العناصر وفى نفس الحدود ، وهو تمثيل غير

(١) راجع فى ذلك :

Michoud, op. cit, t. II, Nos. 315 - 332. — Niboyet, Cours de droit international privé français, 2e éd., 1949, Nos. 255-272, 348-361; Traité de droit international privé français, t. I, 2e éd., Nos. 77-97, t. II, 2e éd., Nos. 750 et s. — Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949, Nos. 192 et s. — Lerebours — Pigeonnière, Précis de droit international privé, 6e éd. 1954, Nos. 172 et s.

عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص المصرى ، ج ١ ، الجنسية والمواطن وتتمتع الاجانب بالحقوق (مركز الاجانب) الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢١٢ — ٢٢٥ . — احمد مسلم ، القانون الدولى الخاص ، ج ١ ، الجنسية ومركز الاجانب ، ١٩٥٦ ، فقرات ٣٧٨ — ٣٩٨ و ٤١٢ — ٤١٦ . — محمد كمال نهى ، اصول القانون الدولى الخاص ، ١٩٥٥ ، فقرات ١١٧ — ٢٢٢ . — محمد الدين الوكيل ، الجنسية ومركز الاجانب فى مصر ، ١٩٥٨ ، فقرات ١٩٨ — ٢٠٣ .

(٢) فى هذا المعنى :

Niboyet, Cours, No. 257, p. 233.

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 83 (٣)

متصور التحقيق في العمل . لان الشخص الاعتبارى اذا كان يتوافر — كالشخص الطبيعى — على ذات الشخصية ، فلا يعنى ذلك أنه نسخة ثانية منه . بل ان بينهما من الاختلاف في الطبيعة والتكوين ما يحتمل الاختلاف بينهما في مدلول وعناصر مميزاتها المتقابلة ، دون أن يؤدي ذلك الى انكار هذه المميزات على أحد الشخصين دون الآخر . فليس معنى أن الجنسية تحدد عنصر الشعب في الدولة وتثبت للشخص الطبيعى وصف العضوية فيها ، أنها تنتج حتما نفس الاثر وتقوم على نفس العناصر بالنسبة الى الشخص الاعتبارى والا امتنع ثبوتها له ، فالاختلاف محتوم بين الجنسيتين مثل ما هو محتوم بين الشخصين .

والواقع انه رغم الاختلاف القائم بين جنسية الشخص الاعتبارى وجنسية الشخص الطبيعى نتيجة ما بينهما من اختلاف في الطبيعة والتكوين، فالفكرة واحدة في الجنسيتين وهى وجود رابطة من التبعية بين الشخص وبين دولة معينة . ومثل هذه الرابطة قائمة في شأن الشخص الاعتبارى ، ويصلح بقيامها وضرورتها منكر « جنسية » الشخص الاعتبارى أنفسهم (١) ، مما يجعل انكارهم مجرد انكار للتسمية لا للمضمون . اذ الشخص الاعتبارى بوصفه شخصا يتوافر له صلاحية وجوب الحقوق والالتزامات كالشخص الطبيعى ، لا بد له مثله من الارتباط بدولة ما تحكم بقانونها نظامه وسيره وتحديد ما يتمتع به من حقوق داخلها (٢) ، وتبسط عليه حمايتها خارج حدودها (٣) . وبذلك تكون للشخص الاعتبارى جنسية تؤكد تبعيته لدولة معينة ، سواء تبعيته القانونية في شأن خضوع نظامه ونشاطه لقانون

Niboyet, Ibid. (١)

(٢) اذ الاصل ان الوطنيين المرتبطين بالدولة برابطة التبعية يتمتعون بحقوق اكبر مما يتمتع به الاجانب غير المرتبطين بهذه الرابطة ، فيكون من اللازم حينئذ التمييز بين الشخص الاعتبارى الوطنى والشخص الاعتبارى الاجنبى .

Lerobours - Pigeonnière, op. cit., No. 172. (٣)

هذه الدولة ، او تبعيته السياسية في شأن تمتعه بحقوق الوطنيين داخل الدولة وشموله بحماية الدولة للوطنيين خارجها .

ويذهب جانب من الفقه في هذا الشأن الى الفصل بين التبعية القانونية والتبعية السياسية وتحديد معيار مستقل لكل منهما ، فيكون معيار الاولى هو مركز الادارة الرئيسى الفعلى للشخص الاعتبارى وهو المعيار السائد فى كثير من الشرائع ، ومعيار الثانية هو السيطرة او الرقابة الفعلية على الشخص الاعتبارى (١) .

ولكن هذه التفرقة توجد ازدواجا غير مرغوب فيه فى شأن معيار جنسية الشخص الاعتبارى ، ومن الافضل الوقوف فى الاصل عند معيار واحد تتحدد به جنسية الشخص الاعتبارى الوطنية او الاجنبية وتبعيته القانونية والسياسية على السواء ، بصرف النظر عن جنسية اعضائه او المهيمنين عليه من الافراد امام استقلال شخصيته عن شخصياتهم . وليس معنى ذلك رفض فكرة الرقابة وعدم اعمالها اطلاقا ، فقد كشفت ظروف الحروب الاخيرة عن فائدتها فى الكشف عن النشاط الاجنبى والمصالح الاجنبية المعادية المستترة وراء الطابع الوطنى لجنسية بعض الاشخاص الاعتبارية والشركات منها خاصة ، مما يوجب ويبرر حرمانها من التمتع بحقوق الوطنيين فى مثل هذه الظروف العصيبة . وانما يكون اللجوء الى فكرة الرقابة على سبيل الاستثناء للحد مما تتمتع به الاشخاص الاعتبارية الوطنية فى الاصل من حقوق ، حيث تقتضى ذلك ظروف استثنائية خاصة كالحرب ، او قوانين خاصة تتطلب تدخل المشرع بأعمال فكرة الرقابة وبيان حدودها (٢) .

(١) فى هذا المعنى :

Niboyet, Cours, Nos. 251 - 272; Traité, t. II Nos. 769 et s.

عز الدين عبد الله ، فقرات ٢١٥ و ٢١٧ . — محمد كمال نعمى ، فقرات ٢١٨ — ٢٢٢ .

(٢) انظر فى توحيد معيار جنسية الشخص الاعتبارى والاعتداد بعنصر الرقابة استثناء على هذا النحو :

Batiffrol, op. cit., Nos. 197, 198. — Lerebours - Pigeonnière, op. cit., Nos. 174, 182, 184.

أحمد مسلم ، المرجع السابق ، فقرات ٤١٢ و ٤١٥ و ٤١٦ . — شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠٢ ، ص ٦٥٢ و ٦٥٣ .

ولذلك اذا اعتبر المركز الرئيسى الفعلى هو المعيار الاصلى لجنسية الشخص الاعتبارى ، فمقتضى ذلك أن جنسية كل شخص اعتبارى تتحدد بالدولة التى يوجد فيها مركزه هذا ، فيخضع لقانونها نظامه ويتمتع فيها بما يتمتع به الوطنيون من حقوق . وليس للرقابة الاجنبية عليه بخضوعه للسيطرة الفعلية لرعايا من الاجانب اى تأثير فى الاصل على جنسيته الوطنية . ولكن اذا اقتضت ظروف استثنائية الاعتداد بمثل هذه الرقابة حماية للصالح الوطنى العام ، فليس من شأن ذلك اسقاط جنسيته الوطنية الاصلية وانما مجرد الحد مما يتمتع به من حقوق .

ولا يوجد فى القانون المصرى نص عام يحكم جنسية الاشخاص الاعتبارية ، ولكن يمكن القول بأن الاصل فيه هو الاخذ بمعيار المركز الرئيسى الفعلى معيارا اصليا لهذه الجنسية (١) . والمركز الرئيسى قد يكون فى الدولة التى أسس الشخص الاعتبارى فيها ، وقد يكون فى غيرها . ولكن المشرع المصرى يحتم فى شأن الشركات المساهمة التى تؤسس فى مصر أن يكون مركزها الرئيسى فى مصر كذلك (م ٤١ تجارى) .

غير أن المشرع المصرى يعتد بفكرة الرقابة الاجنبية الاعتداد الصحيح ، لا لتحديد جنسية الشخص الاعتبارى ، وانما لمجرد الحد من تمتعه ببعض حقوق الوطنيين رغم جنسيته المصرية الثابتة ، وذلك فى ظروف استثنائية خاصة . فمن ذلك فرضه الحراسة اثناء الحرب العالمية الثانية والمدون فى الثلاثى على مصر سنة ١٩٥٦ على اموال الشركات والجمعيات والمؤسسات المصرية الخاضعة لاشراف رعايا الاعداء أو الداخلة لهم فيها مصالح هامة (٢) .

(١) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١٢٦ و ١٢٧ .
وقد طبق المشرع المصرى هذا الاصل يتطلبه أن يكون مركز ادارة الجمعية والمؤسسة الخاصة فى الجمهورية العربية المتحدة (م ٣ و م ٧٠ من القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٤) .
(٢) انظر فى ذلك :
شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦ — ٦٤٨ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ١٢٧ و ١٢٨ .
(م ٣٩ — المخل الى القرن)

٣١٧ — اسم الشخص الاعتبارى

إذا كان للشخص الطبيعى — كما رأينا — اسم معين ، فكذاك للشخص الاعتبارى اسم أو عنوان يتميز به ويكون العلامة الخارجية لشخصيته بما يتيح تعيينه ويمنع اختلاطه بغيره من الأشخاص . ويشترط المشرع عادة ذكر الاسم أو العنوان عند انشاء الشخص الاعتبارى (١) .

والغالب — وبخاصة فى شأن أشخاص القنون الخاص الاعتبارية — تعبير الاسم عن الغرض الذى يستهدفه الشخص الاعتبارى كما فى الجمعيات والمؤسسات وشركات المساهمة . ولكنه أحيانا — كما فى شأن شركات الأشخاص — قد يكون أساسا اسم فرد أو أكثر من أعضاء الشخص الاعتبارى، ولكن مضافا إليه ما ينفى النشاط الفردى ويشعر بوجود الشخص الاعتبارى واستقلاله عن شخصية أعضائه .

وإذا كان اسم الشخص الاعتبارى اسما يمارس التجارة تحته ، فيكتسب بذلك قيمة مالية تباعد فى الخصائص بينه وبين اسم الشخص الطبيعى اللصق بالشخصية ، ولذلك يصبح — على خلافه — داخلا فى دائرة التعامل مما يجمل الحق فيه محلا للتصرف والاكتساب أو السقوط بالتقادم . ولكن لا يجوز التصرف فيه تصرفا مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى المخصص له ، حماية للجمهور من اللبس والتضليل ، كما سبق البيان (٢) .

وواضح أن القانون يحمى اسم الشخص الاعتبارى كما يحمى اسم الشخص الطبيعى من كل انتحال أو منازعة فيه من قبل الغير ، فيخول الشخص الاعتبارى حق طلب وقف أى اعتداء على اسمه (٣) مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

(١) انظر بخاصة : م ٣ و ٧٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٤ .

(٢) انظر سابقا ص ٥٣٢ — ٥٣٣ و ٥٣٦ — ٥٣٧ .

(٣) والمطالبة بوقف الاعتداء على اسم الشخص الممنون — كما هى الحال فى شأن اسم الشخص الطبيعى — لا تطلق على اثبات ضرر معين (فى هذا المعنى : مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فترة ١٩٦٤ . وقارن مع ذلك : شمس الدين الوكيل ، نظرية الحق ، ص ١١٦) .

٢١٨ — موطن الشخص الاعتبارى

إذا كان الموطن يحدد للشخص مقرا قانونيا يعتد بكل ما يتم أو يوجه اليه فيه خاصا بعلاقاته ونشاطه القانونى ، فنراعى أن للشخص الاعتبارى موطننا خاصا به ومستقلا عن موطن منشئيه أو أعضائه . ويتحدد موطن الشخص الاعتبارى فى القانون المصرى بالمحل الذى يوجد فيه مركز ادارته الرئيسى (م ٥٣ / ٢ — د مدنى — وم ١ / ٥٢ مرافعات جديد) . والمقصود بمركز الادارة الرئيسى للشخص الاعتبارى المركز الرئيسى لنشاطه القانونى والمالى والادارى ، فهو ليس بالضرورة نفس مركز الاستغلال ، فكثيرا ما يوجد الاستغلال فى المكان المناسب له بعيدا عن مركز الادارة الرئيسى . ولكن يجب أن يكون هذا المركز مركزا حقيقيا لا وهما للادارة (١) . وإذا كان من الممكن تغييره ، فلا يعتد بهذا التغيير الا اذا كان تغييرا حقيقيا (٢) .

وإذا كان الشخص الاعتبارى لا يباشر نشاطه فى مكان واحد ، بأن كانت له فروع متعددة ومنتشرة فى أماكن متفرقة متباعدة ، فيعتبر المكان الذى يوجد به كل فرع من هذه الفروع موطننا خاصا بالأعمال المتعلقة به . وهذا هو المقرر فى القانون المصرى (٣) . وعلى ذلك ، يجوز رفع الدعاوى المتعلقة بأعمال كل فرع الى المحكمة التى يقع فى دائرتها هذا الفرع (م ٥٢ / ٢ مرافعات جديد) .

= اذ الامتداء على الاسم يتضمن فى ذاته حتما معنى الضرر دون حاجة الى اثباته ، لأن لصاحب الاسم — ككل صاحب حق — مصلحة ولو معنوية فى اسميه وحده بسبب ويسببانه عليه (انظر سابقا ، ص ٤٢٦ و ٤٢٧ و ٥٢٠) .

Plantioi, Ripert et Savatier, t. I, No. 144, p. 184. — Mazeaud, t. I, (1) No. 588.

(٢) مصطفى مكالمه ، ج ١ ، فقرة ٢٧٦ ، ص ٢٠١ .

(٣) ويأخذ القانون المصرى بالاعتداد بهذا الموطن ، بنظرية « المحللات الرئيسية أو الفروع » التى ابتدعها القضاء الفرنسى (انظر كتابنا سلف الذكر ، ص ٩٢١) . وقد طبق المشرع المصرى نفس الفكرة فى شأن الشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر ، فعفى بانه بالنسبة الى القانون الداخلى يعتبر موطنها أو مركز ادارتها هو المكان الذى توجد فيه الادارة المحلية (م ٥٢ / ٢ — د مدنى) .

٣١٩ — ذمة الشخص الاعتبارى المستقلة

إذا كان للشخص الاعتبارى كيان مستقل عن كيان أعضائه أو منشئيه وشخصية مستقلة عن شخصياتهم ، فمقتضى ذلك أن له حقوقه والتزاماته الخاصة به التى لا تختلط بحقوقهم والتزاماتهم ، وأن له بالتالى ذمة مالية مستقلة عن ذمة كل منهم (م ٢/٥٣ — أمدنى) . وينبنى على ذلك خاصة أن ديون الشخص الاعتبارى تكون مضمونة بحقوقه وحدها وأن هذه الحقوق لا تضمن ديون أعضائه أو منشئيه . فلا يجوز إذن لدائنى الشخص الاعتبارى التنفيذ بديونهم على الأموال الخاصة لأعضائه أو منشئيه ، ولا لدائنى الأعضاء أو المنشئين التنفيذ بديونهم على أموال الشخص الاعتبارى .

ومع ذلك ، فثم أشخاص اعتبارية تكون ديونها مضمونة بأموالها وأموال أعضائها على السواء ، كالشركات المدنية ، وشركات التضامن والتوصية من الشركات التجارية ، التى يكون كل الشركاء فيها أو بعضهم مسئولين عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة . ولكن لا يعنى ذلك اختلاط ذمتهم بذمتها أو إحلال شخصياتهم محل شخصيتها ، كما يرى البعض (١) . وإنما هو يعنى — ولكل من الشركة والشركاء شخصيته المستقلة — أن الشركاء يعززون مركز الشركة المدين فيقدمون أموالهم الخاصة الى جوار أموال الشركة ضمانا اضافيا لدائنيها ، بحيث يقوى ضمان هؤلاء الدائنين بتعدد المسئولين وتعدد الذمم الضامنة لحقوقهم (٢) . فالأمر إذن لا يعدو اعتبار الشركاء ضامنين

(١) انظر بخاصة :

Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, Nos. 721, 727. — Escarra (J. et E.) et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales, t. I, 1950, No. 210.

شفيق شحاته ، فترة ١٣١ . — عبد التعم نرج الصدة ، فترة ١٢٠ . — عبد الحى حجازى ص ١٨٥ و ١٨٦ . — محمد سامى مذكور ، ص ١٤٦ . — مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فترة ٢٧١ .

وانظر فى انتقاد ما يراه هؤلاء الفقهاء من اعتبار شخصية هذه الشركات ناقصة : كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٣٣ .

٢

(٢) فى هذا المعنى :

محسن شفيق ، الوسيط فى القانون التجارى المصرى ، ج ١ ، ط ٣ ، ١٩٥٧ ، فترة ٢٨٠ سليمان مرتس ، هامش «٢» ص ٣٥٨ و ٣٥٩ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٣٣ و ٩٣٤ .

ديون الشركة ، وليس في ضمان شخص ديون شخص آخر أو ضم مسؤوليته الى مسؤوليته عن وفائها ما ينتقص من شخصية المضمون وذمته المستقلة .

المطلب الخامس نشاط الشخصية الاعتبارية

٣٢٠ — استحالة نشاط الشخص الاعتبارى بنفسه ، وضرورة نشاطه بواسطة أشخاص طبيعيين

اذا كان الشخص الاعتبارى يتوافر على الشخصية كالشخص الطبيعى بحيث تكون له مثله حقوق والتزامات ، فواضح بالنظر الى طبيعة تكوينه انه — على خلافه — لا يقدر على النشاط بنفسه ، بل محتوم عليه أن يباشر عنه هذا النشاط غيره من الاشخاص الطبيعيين ، فيقومون بتمثيله والعمل باسمه ولحسابه فى الحياة القانونية .

ويتولى القانون أو نظام الشخص الاعتبارى تحديد ممثليه من الاشخاص الطبيعيين وبيان اختصاصاتهم وكيفية نشاطهم لحسابه . وقد يتولى النشاط عن الشخص الاعتبارى فرد منفرد ، كرئيس الدولة أو الوزير أو المحافظ أو المدير بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة ، أو المدير بالنسبة للجمعيات أو الشركات أو المؤسسات الخاصة ، أو المتولى أو الناظر بالنسبة للوقف . وقد يتولى هذا النشاط هيئة أو هيئات معينة تتألف واقعيا من أفراد ، مثل المجالس التشريعية ومجالس المحافظات والمجالس البلدية والجمعيات العمومية ومجالس الإدارة .

واذا كان للشخص الاعتبارى أشخاص طبيعيون ينشطون باسمه ولحسابه ، فيجب أن لا يستخلص من ذلك أنه شخص وهمى افتراضى . فهناك فارق بين وجود الشخصية وبين نشاطها ، والشخصية قد توجد لشخص لا يستطيع أن يباشر النشاط بنفسه ، كما هو شأن بعض الأشخاص الطبيعيين

مثل الصفيّر أو المجنون ، دون أن يطمئن ذلك في وجود شخصيته أو في حقيقتها ، فذلك الحال في شأن الشخص الاعتباري .

٣٢١ — مركز الأشخاص الطبيعيين من الشخص الاعتباري الذي يباثرون

عنه نشاطه (١)

إذا كان نشاط الشخص الاعتباري لا يتأتى إلا عن طريق أشخاص طبيعيين ، فينبغي تحديد مركز هؤلاء بالنسبة إلى الشخص الاعتباري وطبيعة العلاقة القائمة بينهما ، إذ على ضوء هذا التحديد يمكن تأصيل كثير من النتائج العملية المتعلقة بهذا النشاط أو المرتبة عليه .

ويصادفنا في ذلك أولا التصوير التقليدي القائم على فكرة الوكالة (mandat) ، بحيث يكون الشخص الاعتباري في مقام الموكل وهؤلاء الأشخاص الطبيعيين في مركز وكلائه . ولكن الوكالة تفترض وجود ارادتين : ارادة الموكل وارادة الوكيل . وإذا وجدت ارادة الوكيل هنا ، فارادة الموكل غير موجودة إذ ليست للشخص الاعتباري نفسه ارادة (٢) .

ولذلك يتجه تصوير آخر إلى فكرة النيابة القانونية (représentation légale) ، بحيث يوجد الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون شؤون الشخص الاعتباري في مركز مماثل لمركز الأولياء أو الأوصياء أو القوام على عديمي الأهلية أو ناقصيها من الأفراد . ولكن هذا التصوير بدوره غير مقبول (٣) . فإذا كان الشخص الاعتباري في نشاطه بواسطة غيره يشبه عديمي أهلية الأداء أو ناقصيها من الأشخاص الطبيعيين ، فليس معنى ذلك أن مركزها

(١) راجع في ذلك خاتمة :

Michoud, t. I, Nos. 59 et s. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1067.

Marty et Raynaud, ibid. (٢)

وقرب من ذلك :

Michoud, t. I, No. 59, p. 132.

(٣) انظر كذلك في انتقاد هذا التصوير :

Michoud, t. I, No. 59, p. 133. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 93 bis.

واحد ومتماثل من كافة الوجوه . ذلك أن ما يفرض على الأشخاص الطبيعيين من تخلف أهلية الأداء أو نقصائها ومن تولية غيرهم شؤونهم والنشاط باسمهم إنما تملية فكرة حمايتهم ، بينما وجود أجهزة أو هيئات من الأفراد تعمل باسم الشخص الاعتباري ولحسابه إنما يفرض بقوة الأشياء نتيجة ما يلزم الشخص الاعتباري من استحالة طبيعية لمباشرة النشاط بنفسه (١) . ويستتبع هذا الاختلاف الطبيعي أن يكون نشاط الشخص الاعتباري بواسطة غيره هو القاعدة الطبيعية الدائمة طوال حياته ، بينما لا يعتبر نشاط عديم الأهلية أو ناقصها من الأفراد بواسطة غيره إلا مجرد استثناء بحت وموقوت .

وأخيرا يتجه جمهور كبير من الفقه الحديث (٢) الى تأيد نظرية راجت في الفقه الألماني في هذا الصدد هي نظرية الجهاز أو الاداء (théorie de l'organe) ومقتضاها أن الشخص الاعتباري لا يتصور وجوده دون أجهزة معينة تحقق نشاطه في الحياة القانونية ، بحيث تعتبر هذه الأجهزة جزءا لا يتجزأ منه فلا كيان لها بذاتها منفصلة عنه . فهي في الواقع بمثابة جسمه القانوني يستخدمها لتحقيق نشاطه وأغراضه كما يستخدم الشخص الطبيعي عضوا من أعضاء جسمه كمنه أو يده (٣) . ولذلك يعتبر كل عمل أو نشاط تقوم به هو عمل أو نشاط الشخص الاعتباري نفسه ، بحيث ينتج اثره في حقه مباشرة على هذا الأساس أي بطريق الإصالة لا بطريق النيابة .

وإذا كانت هذه النظرية تبدو أفضل من نظرية الوكالة ونظرية النيابة

(١) في هذا المعنى :

Capitant, No. 194. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 908, p. 726.

(٢) انظر خاصة :

Michoud, t. I, Nos. 60 - 64. — Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. II, 4e, éd. Nos. 1985, 1986. — Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 35, p. 762. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1067, p. 1288.

مصطفى كمال طه ، ج ١ ،قرة ٢٧٧ . — عبد القم الجداوي ،قرة ٦٣ .

Michoud, t. I, No. 60, p. 134 (٣)

القانونية من حيث اتساع نطاقها للأعمال المادية والتصرفات القانونية على السواء ، وأكثر توفيقا منهما في تأصيل مسؤولية الشخص الاعتبارى نفسه مسؤولية شخصية ومباشرة، فيعييها رغم ذلك أنها ليست الا صدى للنظريات العضوية او الحيوية (١) غير المقبولة التى تحاول التماس تطابق وتمائل تام في التكوين بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى .

وعندنا أن عيب هذه النظريات جبيعا ينحصر في محاولات الاستناد الى نظريات متفقة مع طبيعة الفرد الانسانى لتفسير نشاط الشخص الاعتبارى ومركز القائمين به من الافراد ، رغم الاختلاف المحكوم بين طبيعة وتكوين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى . ولذلك ينبغى النظر في هذا الشأن الى الشخص الاعتبارى نظرة مستقلة متفقة مع طبيعة تكوينه ، ومجردة عن محاولة اصطناع تطابق كامل بينه وبين الشخص الطبيعى .

واذا كان الشخص الاعتبارى لا يتصور قيامه بنفسه بالنشاط الذى تتطلبه حياته القانونية على اختلاف صوره وأنواعه وكان ذلك منوطا بأشخاص طبيعيين يتولون عنه هذا النشاط ، فيجب الاعتراف بالحقيقة الواقعة من أن هؤلاء الأشخاص الطبيعيين — وليس الشخص الاعتبارى نفسه — هم الذين يقومون بكل نشاطه . وليس في ذلك — كما سبق البيان — ما يطمع في شخصية الشخص الاعتبارى ، لان ثبوت الشخصية لشخص معين لا يمنع من اسناد نشاطها الى شخص آخر . ولذلك ليس ما يدعو اذن الى ما تدعيه خاصة « نظرية الجهاز » من تلاشى هؤلاء الأشخاص الطبيعيين في الشخص الاعتبارى كاجزاء لا تتجزأ منه ولا كيان لها بذاتها منفصلة عنه مثل أعضاء الجسم بالنسبة الى الفرد الانسانى .

ولكن اذا كان هؤلاء الأشخاص الطبيعيون هم الذين يتولون النشاط

(١) في هذا المعنى :

Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris, 1947, p.

لا الشخص الاعتبارى ، فلا يعنى ذلك أن آثار هذا النشاط تنصرف اليهم بل هى تنصرف اليه وحده . وواضح أن انصرافها اليه ليس نتيجة أن النشاط نشاطه لا نشاطهم كما تدعى « نظرية الجهاز » ، فقد سبق أن رفضنا منطقتها فى هذا الصدد . وكذلك اذا كانت فكرة النيابة القانونية خاصة قد تبدو اقرب الافكار لتفسير آثار هذا النشاط اليه ، فهى قاصرة رغم ذلك عن هذا التفسير امام اختلاف وضع الشخص الاعتبارى عن وضع الافراد عديمى الاهلية او ناقصيها ، وعدم اتساع هذه الفكرة بحسب الاصل الا للتصرفات القانونية دون الاعمال المادية . ولذلك ينبغى بناء نظرية خاصة مستقلة تقابل نظرية النيابة القانونية ، يعتد فيها بطبيعة الشخص الاعتبارى المختلفة عن طبيعة الفرد الانسانى وباتساع ميدان نشاطه عن نشاط الشخص الطبيعى . فطبيعة الشخص الاعتبارى تجعل مستحيلا نشاطه بنفسه سواء كان هذا النشاط فى صورة أعمال مادية أو فى صورة تصرفات قانونية . وبذلك يصبح محتوما وطبيعيا قيام اشخاص طبيعيين بتمثيل الشخص الاعتبارى وتولى نشاطه المادى والقانونى على السواء . وتوليهم هذا النشاط انما يكون لحساب الشخص الذى يمثلونه لا لحسابهم الخاص ، ولذلك يكون طبيعيا أن تنصرف كل آثار هذا النشاط وما يولده من حقوق والتزامات اليه لا اليهم .

ففكرة التمثيل اذن فى شأن الشخص الاعتبارى تقابل فكرة النيابة القانونية فى شأن الشخص الطبيعى ، وتفسر انصراف آثار نشاط الممثلين الى الشخص الاعتبارى، كما تفسر الاخرى انصراف آثار نشاط الاولياء أو الاوصياء أو القوام الى عديمى الاهلية أو ناقصيها من الافراد . ولكنها مع ذلك تبقى متميزة عنها تميزا ظاهرا . اذ هى مفروضة بقوة الاشياء وبحكم طبيعة الشخص الاعتبارى كأصل دائم تدوم ما دامت الشخصية الاعتبارية ، وليست كالنيابة القانونية علاجا لنقص موقوت أو عارض طارئ . وهى تستوعب بالتالى حتما كل ما يحتاجه الشخص الاعتبارى من نشاط ايا كانت صورته من الاعمال المادية أو التصرفات القانونية ، على خلاف النيابة القانونية التى تقتصر على بعض نواحي النشاط دون بعض وتتركز أصلا فى التصرفات القانونية وحدها .

وبذلك يتحدد مركز الاشخاص الطبيعيين الذين يتولون النشاط عن الشخص الاعتبارى بكونهم ممثليه الطبيعيين اللازمين له على الدوام فى كل ما يحتاجه من نشاط ، بحيث ينشطون هم دونهم — لا بوصفهم أجزاء لا تتجزأ منه كما تدعى نظرية الجهاز — وانما بوصفهم اشخاصا ذوى شخصية وكيان ، وان كانوا لا يباشرون هذا النشاط باسمهم ولحسابهم الخاص ولسكن باسمه ولحسابه هو بما يستتبع انصراف آثار هذا النشاط اليه وحده .

٣٢٢ — اهلية الاداء والشخص الاعتبارى

ينبنى اخذ اهلية الاداء فى شأن الشخص الاعتبارى بمعنى يتفق مع طبيعته دون تقيد حرفى بمعناها فى شأن الشخص الطبيعى ، ما دام الاختلاف محتوما بين طبيعتهما (١) . اذ انه اذا كان مفهوما فى شأن الشخص الطبيعى اناطة اهلية الاداء بتوافر كمال التمييز والارادة عند من يباشر التصرف القانونى لحساب نفسه لتفاوت الاشخاص الطبيعيين فى انعدام او نقص او اكتمال التمييز والارادة، فليس ذلك مفهوما فى شأن الشخص الاعتبارى الذى لايتوافر على ارادة بحكم طبيعته نفسه . ولذلك يجب ان تحمل اهلية الاداء فى شأن الشخص الاعتبارى على المعنى المتفق مع طبيعته هذه ، فيكون القصد منها هو تحديد مجال النشاط الارادى المعترف به للشخص الاعتبارى لتحقيق أغراضه ، دون تطلب الارادة عنده هو لانه بحكم طبيعته لا تتصور له ارادة، اكتفاء بوجود ارادة مسخرة لخدمته هى ارادة مثليه . ولذلك اذا امكن القول بقبول اهلية اداء للشخص الاعتبارى فيجب حمل ذلك على هذا المعنى، لا على معنى توافر الشخص الاعتبارى نفسه على الارادة . ولذلك فنص المشرع المصرى على ان يكون للشخص الاعتبارى « نائب يعبر عن ارادته » (م ٥٣/٣ مدنى) ، نص منتقد (٢) .

(١) قرب من ذلك .

عبد الفتاح عبد الباقي ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٨٠ .

(٢) انظر فى ذلك : —

٢٢٣ — مسئولية الشخص الاعتباري

إذا كان ممثلو الشخص الاعتباري من الأشخاص الطبيعيين يقومون بالنشاط لحسابه ، فيجب التساؤل عن مدى مسئوليته هو عن هذا النشاط ، سواء من الناحية المدنية أو من الناحية الجنائية .

١ — **المسئولية المدنية (١) :** رغم أن مبدأ مسئولية الشخص الاعتباري مدنيا عن أفعال ممثليه أو أجهزته مبدأ مسلم مستقر ، بالنظر خاصة الى أن اثر هذه المسئولية مما يصلح انصرافه الى الشخص الاعتباري لانه يقع أساسا في ماله ، فإن تأسيس هذا المبدأ وتأصيله محل خلاف فقهي كبير (٢) .

والمواقع أن البصير بطبيعة الشخص الاعتباري وكونه مستحيلا عليه مباشرة أى نشاط بنفسه بل بواسطة غيره من الأشخاص الطبيعيين ، وما يولده ذلك من الحاجة في تحديد مركز هؤلاء الأشخاص قبله الى ما فضلناه من فكرة موافقة لهذه الطبيعة هي فكرة التمثيل ، التي تستوعب في اتساعها كل ما يحتاجه الشخص الاعتباري من نشاط سواء عن طريق الاعمال المادية أو التصرفات القانونية ، وتصرف اثر هذه الاعمال والتصرفات جميعا الى الشخص الاعتباري رغم صدورهما عن ممثليه ، يجعل في الامكان الاستناد الى هذه الفكرة لتحميل الشخص الاعتباري بالمسئولية المدنية عن الاخطاء

= شمس الدين الوكيل ، ص ١١٤ — اسماعيل غانم ، ط ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ٢٣٣ . — كتابنا
مسالف الذكر ، ص ٩٤٠ و ٩٤١ .

ولكن قلن : عبد الحمى حجازي ، ص ١٧٥ .

(١) راجع في ذلك خلاصة :

Saleilles, pp. 232-339. — Michoud, t. II, Nos. 266-278. — Plantol Ripert et Esmein, t. VI, No. 501. — Mazeaud, Traité de la responsabilité, t. II, Nos. 1982-1988. — Starck, thèse précitée, pp. 250 et s. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1067; pp. 1288, 1289.

(٢) راجع في الاختلاف على هذا التأسيس بين فكرة خطأ الشخص الاعتباري نفسه أو فكرة تحمله تبعة المخاطر أو فكرة الضمان : كتابنا مسالف الذكر ، فقرة ٢٤٩ ص ٩٤٢ — ٩٤٦ .

التي يرتكبها ممثلوه (١) . ذلك أن هذه الأخطاء ، رغم عدم صدورها عن الشخص الاعتباري مباشرة لاستحالة قيامه بنفسه بأي نشاط ، ورغم صدورها فعلا عن ممثليه من الأفراد ، يجب أن تنصرف آثارها إليه وحده ولا تنصرف إليهم ، ما داموا قد ارتكبوا هذه الأخطاء بسبب أو مناسبة النشاط لحساب الشخص الاعتباري وفي حدود اختصاصهم بمقتضى تمثيلهم له في هذا النشاط (٢) .

٢ — المسؤولية الجنائية (٣) : ترفض أكثر الشرائع الحديثة قبول مبدأ مسؤولية الشخص الاعتباري جنائيا عن أفعال ممثليه . ويؤيد جمهور الفقه ذلك على أساس أن شرط المساءلة الجنائية هو توافر الإرادة عند المسؤول ولا إرادة للشخص الاعتباري ، وأن في تقرير مسؤولية الشخص الاعتباري جنائيا عما يرتكبه ممثلوه من جرائم خرقا لمبدأ مسلم هو مبدأ شخصية العقاب فضلا عن استحالة توقيع أغلب العقوبات الجنائية — كالعقوبات الجسدية أو البدنية — على الشخص الاعتباري .

ويبدو لنا أن هذه الاعتراضات لا تنصب على مسؤولية الشخص الاعتباري جنائيا من حيث المبدأ بقدر ما تنصب على مدى مناسبة تطبيق نفس قواعد المسؤولية الجنائية الخاصة بالأفراد أصلا على الأشخاص الاعتبارية . والواقع أنه مادام مسلما مبدأ مسؤولية الشخص الاعتباري مخنيا عن أفعال ممثليه

(١) تارب : Ripert et Boulanger, op. cit., t. II, No. 973

(٢) أما ما يجاوز حدود هذا النشاط والتبيل من الأخطاء ، فلا ينصرف أثره إلى الشخص الاعتباري ، بل إلى ذات مرتكبيه من أفراد ممثليه . فيحتلون وحدهم حينئذ بالمسؤولية عن أخطائهم الشخصية ، دون أن يتحملها الشخص الاعتباري (انظر كتابنا مالف الذكر ، هابش (١) ص ٩٤٧) .

(٣) راجع في ذلك خلاصة :

Saleilles, pp. 645 et s. — Michoud, t. II, Nos. 279 - 287. — De Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3e. éd., 1947, Nos. 262-265.

المسيد مصطفى السيد الأحكام الملية في قانون العقوبات ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ ، ص ٣٤٧ — ٣٥٣ . — محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ،قرة ٣٣٥ .

رغم انعدام ارادته ، فليس ما يمنع منطقاً من تصور مسئوليته جنائياً عما يرتكبه مثله من جرائم بسبب أو بمناسبة توليهم عنه نشاطه ، وفي نفس فقرة تمثيل الشخص الاعتباري في النشاط الارادي والمادى معا ، ما يسمح باسناد مسئوليته الجنائية كمسئوليته المدنية على السواء (١) . أما العقوبات التى يتحمل بها الشخص الاعتباري نتيجة مسئوليته الجنائية ، فلا بد وان تتفق مع طبيعته ، سواء كانت مشتركة بينه وبين الشخص الطبيعى أو مقصورة عليه وحده ، كمقوبة الغرامة والمصادرة والوقف والحل والاغلاق .

٣٢٤ — مبدأ التخصص وأثره في تقييد نشاط الشخص الاعتباري

إذا كان مبدأ التخصص — كما رأينا — يحد من مدى أهلية وجوب الشخص الاعتباري فيخصر صلاحيته كصاحب للحقوق والالتزامات في نطاق الغرض المحدد الذى يستهدفه ويستمد منه قيمته الاجتماعية ، فكذلك يحد هذا المبدأ من نشاط الشخص الاعتباري — الذى يتولاه عنه مثله — فيركز نشاطه في هذا الغرض وحده ويحرم عليه كل نشاط لغيره من الأغراض (٢) .

ومقتضى اعمال مبدأ التخصص ، ضرورة التزام كل شخص اعتباري في نشاطه حدود التخصص القانوني والنظامي ، أى حدود غرضه العام المحدد بالقانون وفق الطائفة التى ينتمى اليها وحدود غرضه الخاص المحدد بنظامه داخل غرضه العام (٣) . فلا يجوز لجمعية القيام بأعمال تجارية ، أو الدخول في مضاربات مالية (٤) ، ولا لجمعية علمية أو دينية القيام بنشاط

(١) قارن : Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, Nos. 35, 44, pp. 762, 763.

(٢) أنظر بخاصة : م ١٩ و ٢٠ و ٥٧/٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ .

(٣) أنظر في جزاءات خروج الشخص الاعتباري في نشاطه على مبدأ التخصص : كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٥٢ و ٩٥٣ .

(٤) م ٢٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ سالف الذكر .

سياسي ، ولا يجوز لشركة الاشتغال بالسياسة ، ولا لشركة بتخصص في انتاج افلام سينمائية توجيه نشاطها كذلك الى بناء عمارات استغلالية او الى استخراج البترول او المواد المعدنية .

ولكن اذا تجمعت حول الغرض الاصلى الاساسى للشخص الاعتبارى اغراض اخرى ثانوية لا تتعارض معه ، بل تكون من مستلزماته او بعض آثاره او من مكملاته (١) ، فلا حرج على الشخص الاعتبارى من النشاط كذلك في حدودها دون أن يحمل ذلك معنى الخروج على مبدأ تخصصه بغرضه الاصلى ، كالشركة الصناعية التى تنشئ مصحاً لعلاج عمالها وموظفيها وعائلاتهم او مدرسة لتعليم اولادهم ، وكالجمعية الخيرية التى تطرح أوراقاً للنصيب لزيادة مواردها ، اذ هذه الاغراض الثانوية متفرعة عن الغرض الاصلى او موجهة لخدمته .

المطلب السادس

انقضاء الشخصية الاعتبارية (٢)

٣٢٥ — اسباب الانقضاء

اذا كان الشخصى الاعتبارى أطول حياة عادة من الشخص الطبيعى وكان ذلك بعض أسباب وجوده وقيمه وامتيازه ، الا أنه ليس معنى ذلك أنه مخلد لا يجرکه الفناء ، بل هناك من الاسباب الكثيرة — المتفقة وطبيعته — مايقضى عليه وينهي شخصيته .

فهو ينتضى انقضاء طبيعياً بانتهاء الاجل المحدد له اذا وجد مثل هذا التحديد ، او باستنفاد الغرض الذى وجد من أجله بتحققه كاملاً او باستحالة

(١) في هذا المعنى :

اسماعيل غاتم ، ص ٢٣٠ .

(٢) راجع في ذلك خاصة :

Michoud, t. II, Nos. 333 - 395. — Capitant, Nos. 176 - 183. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1054.

هذا التحقيق ، أو بموت كل الافراد من اعضائه اذا كان جماعة من الاشخاص (١) ، أو انقراض كل المنتفعين بفرضه اذا كان مجموعة من المال ، أو بتضاؤل اعضائه في جماعات الاشخاص الى عضو واحد (٢) ، أو الى عدد من الاعضاء اقل من الحد الأدنى الواجب توافره (٣) .

وكذلك ينقضى الشخص الاعتبارى انقضاء اختياريا ، اذا كان جماعة من الاشخاص ، أما بالإجماع من كافة اعضائه على حله ، وأما بالأغلبية المحددة في القانون أو النظام والتي تملك بمقتضى ايها سلطة الحل .

ويكون الانقضاء اجباريا بعمل من الدولة ، سواء من السلطة التشريعية بالغاء طائفة معينها من طوائف الشخص الاعتبارى بصفة عامة (٤) ، أو بالغاء شخص اعتبارى معين اكتسب الوجود والشخصية عن طريق هذه السلطة . أو من السلطة التنفيذية أو الادارية (٥) بسحب الترخيص السابق اعطاؤه منها لقيام أحد الاشخاص الاعتبارية ، أو في غير ذلك من الاحوال اذا وجد من الاسباب ما يبرر الحل (٦) . أو من السلطة القضائية بحكم

(١) ومع ذلك ، فقد يترتب على موت عضو واحد انقضاء الشخص الاعتبارى ، وذلك حيث يطلب الاعتبار الشخصى في تكوينه كشركة التضامن . ولكن خروجاً على ذلك يجوز الاتفاق على استمرار الشركة مع ورقة الشريك أو فيها بين الباقين من الشركاء وحدهم (م ٥٢٨ مدنى ، وانظر : مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٥٤ - ٢٥٦ و ٣٥٨ - ٣٦٤) .

(٢) ولكن استثناء من ذلك ، لا تنقضى شخصية الشركة بالتأميم ورغم ايلولة كل اسهمها الى شخص واحد هو الدولة اذا أبى على شكلها كشركة (انظر : مصطفى كمال طه ، الوحيز في القانون التجارى ، ج ١ ، ١٩٦٦ ، فقرات ٢٥٢ و ٤٨١) .

(٣) لا يجوز في القانون المصرى أن يقل عدد الشركاء في شركات المساهمة عن سبعة (انظر مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ج ١ ، ١٩٥٦ ، فقرة ٦٢٨) ، ولا أن يقل عدد اعضاء الجمعيات عموماً عن عشرة (م ١ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤) .

(٤) كالفناء الاوتلف الاهلية في القانون المصرى ، بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

(٥) ولكن اعطاء السلطة الادارية حق حل وانهاء الشخص المعنوى لم يعد يقصد به اعطاؤها سلطة تقديرية تحكمية كما كان مفهوم نظرية الائتراض ، بل سلطة مقيدة بأسباب محددة مقدما لقرار الحل .

(٦) انظر بخاصة : م ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤

يصدر من المحكمة المختصة بحل شخص اعتبارى معين لمخالفة نظامه أو القانون أو النظام العام والآداب ، أو لوجود مسوغ خطير يبرر ذلك (١) .

٣٢٦ — نيول الانقضاء

إذا انقضى الشخص الاعتبارى بأحد الأسباب المتقدمة ، فمعنى ذلك انتهاء شخصيته وصلاحيته كمركز وصاحب للحقوق والتزامات . ويثير ذلك مشكلة تحديد مصرح حقوقه والتزاماته والى من تؤول من بعده .

ولكن ليست كل حقوق الشخص الاعتبارى والتزاماته بالتى تثار مشكلة تحديد مصرحها عند انقضائه . اذ منها ما ينقضى ويتلاشى بانقضاء هذا الشخص ، كالحقوق غير المالية مثل الحق التأديبى للشخص الاعتبارى على أعضائه (٢) وحق السيادة الثابت للدولة أو لغيرها من أشخاص القانون العام (٣) ، بل وبعض الحقوق المالية ذات الطابع الشخصى مثل حق الانتفاع (٤) الذى ينقضى حتماً — من قبل حلول أجله — بانقضاء الشخص الاعتبارى ولا ينتقل عنه الى غيره .

وأما باقى حقوق الشخص الاعتبارى المالية والتزاماته المالية ، فهى التى تثار مشكلة تحديد مصرحها . وفى ذلك ينبغى التفرقة بين ما اذا كان مقصودا بانقضاء الشخص الاعتبارى حلول شخص أو أشخاص اعتبارية أخرى محله ، أو كان انقضاؤه انقضاء كاملا لا يعقبه مثل هذا الحلول .
ففى الحالة الاولى ، سواء كان انقضاء الشخص الاعتبارى بقصد تجزئته الى جملة أشخاص اعتبارية كتنظيم دولة أو جمعية الى دولتين

(١) انظر بخاصة : م ٥٣٠ مبنى فى شأن حل الشركات .

(٢) Michoud, t. II, No. 395

(٣) Michoud, No. 396

(٤) Michoud, No. 394

مجموعة الاعمال المحضرة للقانون المدنى ؛ ج ٦ ، ص ٥٥٠ .

أو جمعيتين أو أكثر ، أو كان بقصد ادماجه في شخص اعتبارى آخر أو ضمه اليه كاندماج دولة أو شركة في دولة أو شركة أخرى أو ضمها اليها ، نجد أن الغالب أن الأشخاص الاعتبارية الناشئة عن التجزئة أو الشخص المندمج فيه يخلف الشخص الاعتبارى المتجزئ أو المندمج على حقوقه والتزاماته المالية (١) ، ويكون ذلك بمثابة حوالة لهذه الحقوق والالتزامات (٢) أى لذمة الشخص الاعتبارى المنقضى .

وفي الحالة الثانية ، حيث يكون الانقضاء كاملا لا يعقبه حلول شخص أو أشخاص اعتبارية أخرى محل الشخص الاعتبارى المنقضى ، ينبغى تصفية ذمة هذا الشخص بوفاء ديونه من حقوقه . وحاجات التصفية وضرورتها تقتضى الإبقاء على الشخصية الاعتبارية رغم توافر سبب انقضائها . ولكن امتداد هذا الشخصية ، باعتباره خروجاً على الأصل ، ينبغى أن يكون محصوراً في نطاق التصفية وأجراءاتها فحسب فلا ينصرف الى غير ذلك من الأغراض . ومبدأ استمرار الشخصية الاعتبارية قائمة طوال فترة التصفية وبالقدر اللازم لانها ، هو ما يستقر عليه القضاء الفرنسى (٣) ، ويصرح به في شأن الشركات المصرى (م ٥٣٣ مدنى) (٤) ، وما ينبغى عن طريق القياس تعميمه — عند عدم وجود نص يقضى بالعكس — على غير الشركات من الأشخاص الاعتبارية الأخرى (٥) حيث يحتاج الأمر الى التصفية .

Michoud, t. II, No. 363 (١)

نقض ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ ، مجموعة أحكام النقض (المدنية) ، س ٦ ، ع ٢ ، رقم ١٠١ ، ص ٧٦٣ .

(٢) مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٦٣٤ .

Marty et Raynaud, t. I, No. 1054, p. 1276 (٣)

(٤) راجع في ذلك :

مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٢٦ و ٦٣٠ .

(٥) في هذا المعنى :

Marty et Raynaud, ibid.

فإذا تمت تصفية ذمة الشخص الاعتباري المنقضي وتبقت حقوق يمد
وفاء كافة الديون ، فلا يجب مسليرة نظرية الافتراض فيما كانت تذهب إليه
من ايلولة هذه الحقوق الى الدولة باعتبارها اموالا بسائية لا صياحب
لها (١) ، وانما تؤول هذه الحقوق او توزع طبقا للقانون او لنظام
الشخص الاعتباري . والمستقر في هذا الشأن التفريق فيما يتعلق بالاشخاص
الاعتبارية الخاصة بين ما يستهدف منها الربح وبين ما لا يستهدفه . فما
يستهدف منها الربح كالشركات ، يخضع لمبدأ توزيع المتبقى من الحقوق بعد
التصفية على الاعضاء او الشركاء (م ٥٣٦ مدنى) . وما لا يستهدف منها
الربح ، كالجمعيات والمؤسسات الخاصة ، لا يعود المتبقى من حقوقها الى
الاعضاء او المنشئين او ورثتهم فى الاصل (٢) ، وانما يؤول عادة - وفقا
لنظامها او لقرار الحل او للقانون - الى شخص اعتباري آخر (٣) .

المبحث الثاني

انواع الشخص الاعتباري

٢٢٧ - تقسيم الاشخاص الاعتبارية الى عامة وخاصة (١)

من المستقر اعتبار التقسيم الاساسى للاشخاص الاعتبارية هو تقسيمها
الى اشخاص عامة والى اشخاص خاصة تبعا لتقسيم القانون الى عام

(١) انظر فى الاشارة الى مذهب نظرية الافتراض فى هذا الصدد وفى رفضه :

Michoud, t. II, Nos. 357, 361. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I. No. 95.

ومع ذلك ، فقد تؤول حقوق الشخص الاعتباري الى الدولة اذا فرض المخرج حله مقبرا
ذلك .

(٢) ومع ذلك ، فقد ينص المخرج استثناء على عودة اموال الشخص الاعتباري الى منشئه
او المنتمين به . ومن هذا القبيل ما يقرره القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بإنهاء نظام الونف
على غير الخيرات فى مصر من عودة اموال الوقت عند انتهائه الى الواقف ان كان حيا وكان
له حق الرجوع فيه ، فان لم يكن آلت الى المستحقين الحاليين ، او اليهم والى ذرية من مات
من ذوى الاستحقاق من طبقته اذا كان الوقت مرتب الطبقت (م ٣) .

(٣) انظر بخاصة : م ١/٥ و ٢ ، و م ٦٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة
مسالف الذكر .

(٤) انظر فى ذلك :

Michoud, t. I, Nos. 75, 82 - 95. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos.
74, 74 bis. — Mazeaud, t. I, No. 603.

وخاص ، اذ تخضع الاولى لاحكام القانون العام والثانية لاحكام القانون الخاص ، مما يعطى لتقسيم الأشخاص الاعتبارية على هذا النحو نفس الاهمية البالغة التي رايناها لتقسيم القانون الى عام وخاص .

والتفرقة بين اشخاص القانون العام واشخاص القانون الخاص الاعتبارية قد أصبحت اليوم دقيقة الى حد بعيد ، نتيجة تدخل الدولة المتزايد في ميادين كانت متروكة إلى قريب للنشاط الخاص وحده مما خلق الى جوار المرافق والمؤسسات العامة الادارية البجته مرافق ومؤسسات اخرى اقتصادية ومهنية واثار مشكلة تكييفها ، ونتيجة رقابة الدولة المتزايدة على اشخاص القانون الخاص مما يكاد يوقع في الخلط بينها وبين اشخاص القانون العام .

والمعايير التي يقول بها الفقه للتفرقة بين الاشخاص الاعتبارية العامة والاشخاص الاعتبارية الخاصة بمعايير كثيرة متعددة (١) . ويبدو أن الوقوف عند واحد منها محسوب ، ليس بالحاسم في أمر تبين حدود هذه التفرقة في قطع ويقين . لذلك قد يكون من الواجب النظر الى جملة القواعد القانونية التي تحكم الشخص الاعتباري في مجموعها ، والاعتداد في شأنه بجملة معايير او علامات تكشف مما عن توافر صفته العامة او تخلفها (٢) : كتمتعه او عدم تمتعه ازاء اعضائه وازاء الغير بامتيازات السلطة العامة ، واصله ومنشأه ، وتمتع الادارة بالسيطرة عليه والكلمة النهائية في شأنه او اكتفاؤها بمجرد الاشراف عليه ورقابته الرقابة العادية .

(١) انظر في الاشارة الى هذا المعيار وفي مناقشتها :

Michoud, t. I, Nos. 86, 87.

مصطفى أبو زيد فهمي ، الوجيز في القانون الاداري ، ج ١ ، نظرية المرافق العامة ، ١٩٥٧ ، نقرات ٢٥٤ - ٢٥٩ ، ص ١٩٧ - ٢٠١ . - محمد نؤاد مهنا ، القانون الاداري المصري والفرنسي ، ج ١ ، السلطة الادارية ، ١٩٥٨ ، ص ٤٥٦ - ٤٥٩ .

(٢) في هذا المعنى :

Michoud, t. I, No. 86, pp. 243 — 248.

وعلى أى حال ، فقد عنى المشرع المصرى — وهو يسبيل بيان أنواع الأشخاص الاعتبارية وكيفية اكتسابها الشخصية — بتحديد طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة على السواء ولكن دون عناية بوضع معيار للتفرقة بينهما ، فنص فى المادة ٥٢ من التقنين المدنى على أن « الأشخاص الاعتبارية هى :

١ — الدولة ، وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون ، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية .

٢ — الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية .

٣ — الأوقاف .

٤ — الشركات التجارية والمدنية .

٥ — الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا للأحكام التى ستأتى فيما بعد .

٦ — كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون » .

فنعرض فيما يلى للأشخاص الاعتبارية العامة ، للأشخاص الاعتبارية الخاصة .

المطلب الأول

الأشخاص الاعتبارية العامة

٣٢٨ — طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة .

تنقسم الأشخاص الاعتبارية العامة الى نوعين رئيسيين : أشخاص اقليمية من ناحية ، ومنشآت أو هيئات أو مؤسسات عامة من ناحية ثانية .

(١) **الأشخاص الاعتبارية الإقليمية :** هى الأشخاص الاعتبارية العامة التى يشمل اختصاصها فى الأصل جميع المرافق ولكن فى حدود اقليمية معينة . وفى طليعة هذه الأشخاص شخص اساسى وضرورى هو الدولة التى ينبسط سلطانها ونشاطها على كافة اقليمها ، ويلبها الأشخاص المحلية التى يتولى كل منها أمور المرافق العامة على اختلاف انواعها فى بقعة معينة من اقليم الدولة كالمحافظات والمدن والقرى (م ٥٢ / ١ مدنى) . وواضح ان ثبوت الشخصية الاعتبارية لهذه الأشخاص ، انما يتم عن طريق الاعتراف العام وبمجرد نشوئها وفق الشروط العامة المحددة فى القانون (١) . وتمثل هيئات واجهزة معينة هذه الأشخاص فى نشاطها ، فتمثل الحكومة (بالمعنى الواسع) الدولة ، وتمثل مجالس المحافظات والمجالس البلدية والقروية المحافظات والمدن والقرى على التوالي .

(٢) **المنشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة :** أشارت الى هذا النوع الثانى من الأشخاص الاعتبارية العامة ، ولكن دون تفصيل أو تمثيل ، المادة ١/٥٢ من التقنين المدنى بقولها « الادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية » . واذا كان ظاهر هذا النص يشعر بأن هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية — على خلاف النوع الاول — يلزم لثبوت شخصيته اعتراف خاص ، الا أن المشرع بنصه من بعد على ثبوت الشخصية الاعتبارية للهيئة العامة (٢) وللمؤسسة العامة (٣) عموما ، يكون قد خلق اعترافا عاما بالشخصية الاعتبارية للهيئات والمؤسسات العامة بحيث تثبت لها الشخصية بمجرد انشائها الذى يتم

(١) ظاهر أن هذا القول يصدق على المحافظات والمدن والقرى . أما الدولة ، فإن شخصيتها الاعتبارية تنشأ لها فى المحيط الداخلى من قبل هذا الاعتراف ودون حاجة اليه بمجرد توافر عناصر واقعية معينة ، وأن كانت تحرم على تسجيل هذه الشخصية ومظاهرها فى نصوص تشريعية من بعد . أما فى المحيط الدولى ، فإن ثبوت شخصية الدولة يتوقف على الاعتراف بها من قبل الدول الأخرى (انظر فى شخصية الدولة وكيفية ثبوتها : Michoud. op. cit., t. I. Nos. 107 et s.)

(٢) م ١ من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ .

(٣) م ٦ من قانون المؤسسات العامة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ .

بقرار من رئيس الجمهورية ، دون حاجة الى اعتراف خاض بالشمسية لكل هيئة او مؤسسة عامة منها على حدة .

وهذه الاشخاص الاعتبارية العامة المسماة بالمنشآت او الهيئات او المؤسسات العامة (établissements publics) ، او بالاشخاص المرفقية كما يسميها البعض (١) تميزا لها عن الاشخاص الاقليمية ، تخصص — وسواء كانت قومية او محلية — بوجه معين من اوجه النشاط او بمرق او مرافق محددة ، تتمتع في توليها وادارتها بنوع من الاستقلال الذاتي عن الدولة او الاشخاص الاعتبارية الاقليمية الاخرى التي تتبعها .

وقد كانت الاشخاص المرفقية محدودة من قبل وقاصرة على مجرد الهيئات او المؤسسات العامة الادارية التقليدية ، كالجوامع المصرية ودار الكتب ومجمع اللغة العربية والاذاعة اللاسلكية (٢) . ولكن امام اتساع وظيفة الدولة وازدياد تدخلها في مختلف نواحي النشاط المتروك أصلا للجهود الخاصة ، كان لابد من اتساع مضمون فكرة الهيئات او المؤسسات العامة وتكاثر غدد الاشخاص المرفقية وتنوعها بالتالى .

وقد اتجه تدخل الدولة المتزايد اساسا الى الميدان الاقتصادى امام انتشار النزعات الاجتماعية اليوم وما تعنيه من ضرورة هيمنة الدولة على الاقتصاد في الجبابة ، وبذلك ظهرت صورة جديدة من المرافق او المؤسسات العامة الاقتصادية (٣) لا تتولاها الدولة بنفسها مباشرة ، وانما تعطىها الشخصية الاعتبارية وتمنحها بذلك حظا من الاستقلال الفنى والادارى والمالى ، تتخفف به من الاساليب الادارية او الحكومية المعقدة لتتبع اساليب ادارة المشروعات الحرة الماثلة ، مما يزيد في فرصة نجاحها وتحقيق المقصود من اغراضها .

(١) محمد نواز مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ و ٢٧١ .

(٢) مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرة ٢٩٥ ، ص ٢٢٢ .

(٣) انظر في المؤسسات العامة الاقتصادية:

مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرات ٢٩٥ — ٢٩٦ ، ٢٠٠ — ٢٠٤ ،

٣١٢ — ٣١٣ . — محمد نواز مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٧٨ — ٢٨٠ .

وقد جرى المشرع المصرى أخيراً على التمييز بين ما يسميه « الهيئات العامة » وما يسميه « المؤسسات العامة » . ولكن لم يستقر حتى الآن معيار التمييز بوضوح بين هذين النوعين من الأشخاص الاعتبارية (١) ، وإن كان الظاهر أن المشرع المصرى يرمز عمومها بالهيئات العامة إلى المنشآت العامة التقليدية وبالمؤسسات العامة إلى المنشآت العامة الاقتصادية . وعلى أى حال ، فالمشرع نفسه يتكفل بإقامة هذا التمييز ، إذ ينص على أن يحدد رئيس الجمهورية بقرار منه ما يعتبر هيئات عامة ولا يعتبر مؤسسات عامة (٢) .

وكذلك يثير تدخل الدولة المتزايد فى بعض مرافق التوجيه المهنى وهيئتها عليها مشكلة تحديد صفتها . وتقوم هذه المرافق أو النقابات المهنية (٣) على ضم المشتغلين بمهنة معينة ضمًا اجباريًا فى جماعة ذات شخصية اعتبارية ، تشرف على نظام وأصول المهنة ، وتختص بقبول المشتغلين بها ، وتفرض عليهم رسومًا معينة وتملك عليهم سلطة تأديبية واسعة ، وتتمتع فى سبيل ذلك كله ببعض مزايا السلطة العامة . ومن أمثلتها الغرف التجارية والصناعية ونقابات المحامين والأطباء والمهندسين والعلميين . ويكاد يستقر الفقه الإدارى الحديث على اعتبارها من أشخاص القانون العام (٤) ، بل واعتبارها كذلك صورة جديدة من صور المؤسسات العامة هى « المؤسسات

(١) انظر فى ذلك :

مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون التجارى ، ١٩٦٧ ، فقرة ٤٩٤ . — محمد غزاد مهنا ، القانون الإدارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديموقراطى التماثل ، المجلد الأول ١٩٦٧ ، ص ٦٢٤ و ٦٢٦ .

(٢) م ١٨ من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ ، و م ٥ من قانون إصدار قانون المؤسسات العامة رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٦ .

(٣) انظر فى المرافق أو النقابات المهنية :

مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرات ١٠٩ — ١٢٢ و ٢٥٢ — ٢٦٢ .
— محمد غزاد مهنا ، القانون الإدارى المصرى والقانون ، ج ١ ، السلطة الإدارية ، ١٩٥٨ ، ص ٢٨٠ — ٢٨٢ و ٤٥٠ — ٤٥٥ .

(٤) مصطفى أبو زيد ، فقرات ٢٦٧ — ٢٦٩ .

المهنية » ، (١) واعتبار قراراتها المتعلقة بالنشاط المهني قرارات ادارية تخضع لرقابة القضاء الادارى (٢) . وعلى اى حال ، فقد قطع المشرع المصرى صراحة باعتبار بعض هذه المرافق المهنية مؤسسات علمية ، كما فعل فى شأن الغرف التجارية (٣) والغرف الصناعية (٤) .

وكذلك فان النص ، فى صدد تعديد الاشخاص الاعتبارية ، على « الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية » (م ٢/٥٢ مدنى) ، يثير التساؤل عن صفتها . وقد اتيح للقضاء الادارى المصرى ان يجيب عن هذا التساؤل فى شأن ما عرض عليه من الطعن فى قرارات بعض هذه الهيئات والطوائف الدينية ، فمضى باعتبارها من اشخاص القانون العام الاعتبارية (٥) وباعتبار قراراتها بالتالى قرارات ادارية تقبل الطعن فيها بالالغاء امامه ، وذلك بالنظر الى ما تتمتع به هذه الهيئات من بعض مزايا واختصاصات السلطة العامة والى قيامها بخدمات ذات نفع عام والى خضوعها خضوعا جوهريا لهيمنة الدولة واشرافها (٦) . ويراعى ، على اى حال ، ان مثل هذه الهيئات والطوائف الدينية انما تثبت لها

(١) انظر : محمد مؤاد منا ، المرجع السابق ، ص ٤٥١ — ٤٥٥ ، والمراجع الفرنسية العديدة التى يشير اليها فى هاشم ص ٤٥١ .

(٢) انظر فى ذلك حكيم لمحكمة القضاء الادارى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٠ ، بالنسبة لرقابة المجاتين ولتقابة المهن الهندسية وقراراتها (مجموعة المكتب الفنى ، ص ٥ ، رقم ٧٢ ص ٣٠٤ ، ورقم ٧٥ ص ٣٢١ على التوالي) .

(٣) المادة الاولى من القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥١ .

(٤) المادة الاولى من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٧ ، المعدل بالقانون رقم ٥٣٠ لسنة ١٩٥٣

(٥) انظر فى هذا المعنى كذلك :

سليمان مرتضى ، فقرة ٢٢٤ . — محمد سامى محكور ، ص ١٤٤ .

(٦) محكمة القضاء الادارى ، ٦ ابريل سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، ص ٨ ، رقم ٦٠١ ، ص ١١٧١ ، بالنسبة لبطر كخافة الابطال الارثوذكس .

ومحكمة القضاء الادارى ، ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، ص ٩ ، رقم ٢٤ ، ص ٣١ ، بالنسبة للمجلس للصوفى الاعلى .

الشخصية الاعتبارية عن طريق الاعتراف الخاص بكل منها (١) لا عن طريق الاعتراف العام ، وان كان ليس لازما ان يأتى هذا الاعتراف الخاص صريحا .

المطلب الثاني

الأشخاص الاعتبارية الخاصة

٣٢٩ — تقسيم

يمكن أن نقسم الأشخاص الخاصة التى تخضع للقانون الخاص ، من حيث تكوينها ، الى نوعين رئيسيين : جماعات الأشخاص التى تتألف من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين ، ومجموعات الأموال التى تتكون من أموال مرصودة على تحقيق غرض معين . فنعرض لكل منهما على التوالى .

§ ١ — جماعات الأشخاص

٣٣٠ — تمهيد وتقسيم

فيما عدا جماعات الأشخاص التى تثبت لكل منها الشخصية الاعتبارية بمقتضى اعتراف خاص أو نص فى القانون (م ٦/٥٢ مدنى) ، تثبت الشخصية الاعتبارية — عن طريق الاعتراف العام — لطائفتين من جماعات الأشخاص هى الشركات والجمعيات (م ٤/٥٢ و ٥ مدنى) . فنعرض بليجاز فيما يلى للشركات ، ثم نعرض للجمعيات .

(١) فى هذا المعنى :

عبد النعم البهراوى ، فقرة ٥٦ ، ص ٦٩٥ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٠٥ ، ص ١٥٨ .

ولكن ليس بلازم أن يكون الاعتراف الخاص بقانون ، وانما يكفى فيه أن يكون « وفقا للقواعد المتبعة فى هذا السدد » (الفكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقوانين المدنى ، مجموعة الأعمال الحضرية ، ج ١ ، ص ٢٧٤) ، أى يكفى أن يكون اعترافنا جرى به العرف (أنظر سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش ٤٤) ، ص ٢٤٧ و ٢٤٨) .

(١) الشركات

Les Sociétés

٣٣١ — مقومات الشركة وأنواعها

الشركة جماعة من الأشخاص تتجمع بقصد تحقيق ربح مادي يقتسمونه فيما بينهم . وغرض تحقيق الربح الذي توجد من أجله الشركة ، هو الذي يميزها عن الجمعية . وقد عرفت المادة ٥٠٥ من التقنين المدني الشركة بما يبرز هذا الغرض بقولها « الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر ، يساهم كل منهم في مشروع مالى ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة » .

والشركة على هذا النحو تقتضى وجود شخصين على الأقل (١) من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية (٢) ، ووجود ارتباط بين الشركاء والتزام بالتعاون على تحقيق مشروع استغلالى بقصد تحصيل ربح أو كسب مالى يزيد فى ثروتهم (٣) ، عن طريق تقديم أنصبة أو حصص سواء كانت مالية نقدية أو عينية أو كانت حصصا بالعمل ووضعها فى خدمة هذا المشروع ولتحقيق هذا الغرض ، حتى تعود عليهم من بعد ثمرته فيقتسمون فيما بينهم أرباحه أو يتحملون بمخاطره وخسائره .

والشركات إما شركات تجارية تحترف القيام بصفة رئيسية بالأعمال التجارية ، كعمليات البنوك أو النقل أو التأمين أو الصناعة ، وإما شركات

(١) ولكن استثناء من ذلك ، تظل الشركات المؤممة معتبرة شركات رغم أن التأميم من شأنه أبولولة ملكية أسهم الشركة أو حصصها الى شخص وحيد هو الدولة (فى هذا المعنى : مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون التجارى ، ١٩٦٧ ، فقرات ١٦٨ و ٢٥٢ . ولذلك نص قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٦ على أن المؤسسة العامة — فى سبيل تحقيق أغراضها — انشاء شركات مساهمة بفردىها (م ١/١) .

(٢) ومع ذلك ، ففى شأن بعض الشركات لا يكفى وجود شخصين بل يجب وجود عدد أكبر من الشركاء كحد أدنى ، مثل شركات المساهمة التى يلزم أن يكون عدد الشركاء المؤسسين فيها سبعة على الأقل (انظر : مصطفى طه ، القانون التجارى ، ١٩٥٦ ، فقرة ٤١٩) .

(٣) مصطفى طه ، المرجع السابق فقرة ٢٤٢ .

مخنية تقوم بصلة رئيسية بالاعمال المخنية كالأستغلال الزراعى (١) .

٢٢٢ — تكوين الشركة وبدء شخصيتها

القاعدة ان الشركة تكتسب بمجرد تكوينها الشخصية الاعتبارية (م ١/٥٠٦ مدنى) . وهذا التكوين ، سواء فى الشركات المخنية او التجارية (٢) ، يجب ان يتم بغتد مكتوب ايا كان قدر راس المال ، والا كانت الشركة باطلة (١/٥٠٧ مدنى) (٣) ، بحيث تكون الكتابة اذن شرطا لامتداد العقد لا لمجرد اثباته . وقد يستلزم القانون — فضلا عن الكتابة — اجراء شكليا آخر ، كصدور قرار جمهورى يرخص بتأسيس شركة المساهمة . وعلى ذلك تبدىء شخصية الشركة بتحرير عقدها او بصدور الترخيص الحكومى بها بعد هذا التحرير حسب الأحوال .

واذا كانت شخصية الشركة تبدأ بتكوينها على النحو المتقدم ، مع ذلك لا يحتج بها على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر او الشهر (٤) التى يقررها القانون (م ١/٥٠٦ مدنى) (٥) . غير أن النشر مقصود به مصلحة الغير لا مصلحة الشركاء ، ولذلك لا يستطيع الشركاء الاحتجاج بشخصية الشركة على الغير قبل القيام بالجراءات النشر المقررة ، بينما

(١) مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨٤ .

(٢) مصطفى طه ، فقرة ٢٥٤ .

(٣) ولكن هذا البطلان مقرر لمصلحة الغير ، ولذلك لا يجوز للشركاء الاحتجاج به قبله (م ٢/٥٠٧ مدنى) ، وأن جزأ له التمسك قبلهم بقيام الشركة أو بطلانها حسب مصلحته .

(٤) ولكن خلافا لهذا الاصل ، يقرر المشرع انه لا تثبت لشركة القطاع العام الشخصية الاعتبارية الا من تاريخ شهر نظامها فى السجل التجارى (م ٢/٣٦ من قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٦) . وكذلك لا تكتسب شركة المساهمة التى لا تطرح اسهمها للاكتتاب العام والشركة ذات المسؤولية المحدودة الشخصية الاعتبارية الا بعد تبديدها فى السجل التجارى ونشر عقدها فى صحيفة الشركات (م ٥ و ٧٠ من قانون ٢٦ لسنة ١٩٥٤) انظر مصطفى طه ، الوجيز ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٨٨ .

(٥) ومع ذلك ، فلم يقرر التفتين المخنى اجراءات نشر مخنية لشهر الشركات المخنية ، ولذلك يبنى القول بان شخصية هذه الشركات — على خلاف الشركات التجارية — تبدأ ويحتج بها على الغير منذ تكوينها (فى هذا المعنى : عبد المنعم البدر اوى ، المرجع السابق ، فقرة ٤٧١ ، ص ٧١١) .

يظل للغير حق التمسك بهذه الشخصية رغم عدم شهر الشركة
(م ٢/٥٠٦ مدنى) .

٢٢٢ — انقضاء الشركة

تنتهى الشركة بوجه عام — ايا كان نوعها أو شكلها — بانقضاء الميعاد
المعين لها ، أو بانتهاء العمل الذى قامت من أجله (م ١/٥٢٦ مدنى) ، أو
بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة فى استمرارها
(م ١/٥٢٧ مدنى) ، أو باجتماع الشركاء على حلها (م ٢/٥٢٩ مدنى) أو
باتفاق أغليبيتهم على هذا الحل فى الحدود المقررة فى عقد الشركة أو نظامها ،
أو بحكم قضائى بناء على سبب خطير يسوغ الحل (م ٥٣٠ مدنى) .

وفضلا عن ذلك ، توجد أسباب انقضاء خاصة بشركات الاشخاص .
فهذه الشركات ، بقيامها على الاعتبار الشخصى ، تتعرض للانقضاء بكل
طارئ يحمل معنى الاخلال بهذا الاعتبار ، كموت أحد الشركاء ، أو الحجر
عليه ، أو اعساره ، أو افلاسه (م ١/٥٢٨ مدنى) ، أو انسحابه اذا كانت
الشركة غير معينة المدة (م ١/٥٢٩ مدنى) . ولكن هذه الاسباب غير متعلقة
بالنظام العام ، ولذلك يجوز الاتفاق على استمرار الشركة رغم توافر أحد هذه
الاسباب .

وبانقضاء الشركة تتعين تصفية اموالها وقسمتها . وتتم هذه التصفية
والقسمة بالطريقة المبينة فى العقد ، وعند خلوه من حكم خاص تتبع أحكام
القانون (م ٥٣٢ مدنى) . ولحاجات التصفية ، تبقى استثناء شخصية
الشركة — رغم توافر سبب انقضائها — بالقدر اللازم لهذه التصفية والى
نهايتها (م ٥٣٣ مدنى) (١) . وبعد تمام التصفية باستيفاء الدائنين لحقوقهم ،
تقسم اموال الشركة بين الشركاء جميعا ، فيختص كل واحد منهم بمبلغ
يعادل قيمة الحصة التى قدمها فى رأس المال ، واذا بقى شيء بعد ذلك ،
يقسم بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم فى الأرباح . أما اذا لم يكف

صافي مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء ، فان الخسارة توزع عليهم جميعا بحسب النسبة المتفق عليها في توزيع الخسائر (م ٥٣٦ مدنى) .

(٢) الجمعيات

Les Associations

٣٣٤ — تمهيد

عنى التقنين المدنى الحالى بوضع احكام عامة للجمعيات فى المواد من ٥٤ الى ٦٨ منه . وقد صدرت قبله وبعده تشريعات خاصة ببعض احكام جزئية متعلقة بالجمعيات او بأنواع معينة منها . وقد رأى المشرع من بعد جمع شتات كل هذه الاحكام فى صعيد واحد مع اعادة النظر فيها ، مما اقتضاه اخراجها من صلب التقنين المدنى واصدار تشريع جديد خاص بها . ولكنه لم يقتصر فى هذا التشريع على احكام الجمعيات وحدها بل ضم اليها كذلك احكام المؤسسات الخاصة . وقد صدر بهذا التشريع اولا القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، ثم حل محله اليوم القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ . وبذلك تم نسخ نصوص التقنين المدنى الاصلية فى هذا الشأن .

٣٣٥ — مقومات الجمعية

يقصد بالجمعية « كل جماعة ذات تنظيم مستمر ، لمدة معينة او غير معينة ، تتألف من اشخاص طبيعيين لا يقل عددهم عن عشرة او من اشخاص اعتبارية ، لفرض غير الحصول على ربح مادى » . ومن هذا التعريف ، تبين اركان الجمعية ومقوماتها الآتية :

١ — تتألف الجمعية من عدد او جماعة من الاشخاص . ويستوى ان يكون هؤلاء الاشخاص اشخاصا طبيعيين او اشخاصا اعتباريين . ولكن اذا كانوا اشخاصا طبيعيين ، فيجب ان لا يقل عددهم عن عشرة .

٢ — تمثل الجمعية تنظيميا مستمرا . ولا يقصد بالاستمرار التأييد والدوام ، اذ يمكن ان تعين للجمعية مدة محددة تنقضى بانتهائها ، وانها

يقصد بالاستمرار أن يكون وجودها وتنظيمها مستقرا ثابتا يميزها عن مجرد الاجتماعات العارضة أو الوقتية التي لا تكون جمعية ولا تستأهل اكتساب الشخصية .

٣ — تهدف الجمعية الى غرض غير الحصول على ربح مادي ، وهذا هو الذى يميزها عن الشركة (١) . ويستوى بعد ذلك — ما دام غرض الجمعية غير مخالف للنظام العام والاداب — ان يكون خريا أو دينيا أو علميا أو ثقافيا أو رياضيا أو اجتماعيا ، أو سياسيا كالأحزاب ، أو مهنيا للدفاع عن مصالح أبناء المهنة الواحدة كتحالفات العمال .

٢٢٦ — نشوء الجمعية وبدء شخصيتها

لا تنشأ الجمعية الا بمقتضى نظم مكتوب موقع من المؤسسين (٢) (م ١/٣) والكتابة هنا — كما فى حل الشركة — شرط وجود وانعقاد لا شرط اثبات . ويجب أن يشتمل نظام الجمعية المكتوب على بيانات عددها المادة ٢/٣ وهى : اسم الجمعية (٣) ونوع وميدان نشاطها (٤) ونطاق عملها

(١) قد ندق الفرق بين الشركة والجمعية فى صورة بعض الجمعيات التى تستهدف تحقيق منافع اقتصادية لأعضائها . ولكن ينبغى أن يكون مفهومها أن المقصود بالربح الذى يعبرسمى اليه هو الميز الأساسى للشركة هو الكسب الإيجابى إلى أو المادي الذى ينضام الى ثروة الشركاء وليس مجرد الكسب السلبي بالاعتقاد فى النفقات أو توتى بعض الخسائر . ولذلك ينبغى أن تسمى جمعيات لا شركات ، جمعيات التبادل التى تستهدف تموين من يحقق به من أعضائها خطر معين من حيلة ما يساهم به فيها كل الأعضاء من أموال وحصر ، والجمعيات التعاونية للاستهلاك التى تباع السلع للأعضاء بالسعر الجارى ثم تعيد إليهم فى آخر كل عام الفرق بين هذا السعر وبين نفقة التكلفة ومصاريف الإدارة (انظر : محطتى طه : المرجع السابق ، فقرة ٢٤٢ . وانظر كذلك فى تأييد اعتبار الجمعيات التعاونية جمعيات لا شركات : شفيق شحاته ، فقرة ١٢٦ . — محمد سليم مذكور ، ص ١٤٩ . — سليمان مرقس ، هامش (١) ص ٢٥٠ — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١١٦ ص ١٦٨ ، ولكن انظر عكس ذلك ، بور سعيد الجزئية ، ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ ، المحللة ١٤ ، رقم ١٠٩ ص ٢١٦) .

(٢) ويجب أن لا يشترك فى تأسيسها أو ينضم الى عضويتها أى من الأشخاص المحرومين من مباشرة الحقوق السياسية الا بتصريح من الجهة الإدارية المختصة (م ١/٣) ، وهى وزير الشؤون الاجتماعية (م ٤٤) من اللائحة التنفيذية للقانون ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧) .

(٣) « لا يجوز لاية جمعية أن تتخذ تسمية تدعو الى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها فى نطاق عملها الجغرافى (م ٢/٣ — أ) .
(٤) تنص المادة الثانية من القانون على أن «كل جمعية تنشأ مخالفة للنظام العلم أو للاداب =

الجغرافي ، ومركز ادارتها علي ان يكون هذا المركز في الجمهورية العربية المتحدة ، واسم كل من الاعضاء المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته ومحل اقامته ، وموارد الجمعية وكيفية استغلالها والتصرف فيها ، والاجهزة التي تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وكيفية اختيار اعضائها وطرق عزلهم ، ونظام العضوية وشروطها وحقوق الاعضاء وواجباتهم ، ونظام المراقبة المالية ، وكيفية تعديل نظام الجمعية وكيفية ادماجها او تكوين فروع لها ، وقواعد حل الجمعية والجهة التي تؤول اليها اموالها .

وقد كان التقنين المدني يقرر ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية بمجرد انشائها أى بتحرير نظامها (م ١/٥٨ و م ٥٤) ، ولكنه كان يعلق الاحتجاج بهذه الشخصية في مواجهة الغير على شهر نظامها (م ٢/٥٨) ؛ غير ان الشهر كان مقررا لحماية الغير ، ولذلك كان يستطيع - رغم اهمال الشهر - التمسك ضد الجمعية بالاثار المترتبة على شخصيتها الاعتبارية (م ٢/٥٩) . ولكن المشرع لم يلبث ان عدل عن هذه الاحكام في القانون رقم ٢٨٤ لسنة ١٩٥٦ واكد هذا العدول في القانون الحالي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ، مقررا انه « لا تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية الا اذا شهر نظامها وفقا لاحكام هذا القانون » (م ٨) ، وبذلك لم يعد نشوء الجمعية بتحرير نظامها كافيا اصلا لبدء شخصيتها . ويكون شهر نظام الجمعية بمجرد قيده في السجل المعد لذلك (م ١٠ / ١) ، مقابل دفع رسم معين (م ٩) . وينشر ملخص القيد في الوقائع المصرية بغير مقابل (م ١٠ / ٢) ، ولكن لا يترتب على تأخير هذا النشر تأخير بدء شخصية الجمعية ، فهي تبدأ فور قيد نظام الجمعية في السجل المعد لذلك (٦) . والاصل ان تقوم الجهة الادارية المختصة - وهي مديرية الشئون الاجتماعية المختصة (م ٤٤/و من اللائحة التنفيذية ،

= أو بسبب أو لفرض غير مشروع أو يكون الفرض منها المساس بسلالة الجمهورية أو بشكل الحكومية الجمهوري أو نظامها الإجتماعي ، تكون باطللة » .

(١) ويجب كذلك شهر كل تعديل في نظام الجمعية ، والا اعتبر التعديل كأن لم يكن (م ١٣) .

(٢) في هذا المعنى :

عبد النجاش عبد الباقي ، المرجع السابق ، امش (٢) ص ١٦٩ .

معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧) — بإجراء للشهر خلال ستين يوما من تاريخ طلبه ، فإذا مضت الستون يوما دون اتهامه ، اعتبر الشهر واقعا بحكم القانون (م ١١) . ولكن تملك هذه الجهة — بعد أخذ رأى الاتحاد المختص — حق رفض الشهر إذا كانت البيئة في غير حاجة الى خدمات الجمعية ، أو لوجود جمعيات أخرى تسد حاجات البيئة في ميدان النشاط المطلوب ، أو إذا كان انشاؤها لا يتفق مع دواعى الأمن ، أو لعدم صلاحية المكان من الناحية الصحية والاجتماعية ، أو لكون الجمعية قد أنشئت بقصد احياء جمعية أخرى سبق حلها (م ١٢ / ١) . غير أن لذوى الشأن حق التظلم الى الجهة الادارية المختصة من قرار الرفض (١) .

٢٢٧ — قيود اهلية وجوب الجمعية

سبق أن اشرنا الى أن اهلية وجوب الشخص الاعتبارى بوجه عام محدودة بالقياس الى اهلية وجوب الشخص الطبيعى بالنظر الى ما بين الشخصين من اختلاف في التكوين والغرض ، فتتقيد بامتناع اسناد الحقوق والالتزامات اللازمة لطبيعة الانسان الى الشخص الاعتبارى ، وباتحصار ما يسند الى الشخص الاعتبارى من حقوق والتزامات في حدود ما يتخصص به من غرض (٢) . وهذان القيدان في شأن الشخص الاعتبارى عامة ، يمدقان كذلك في شأن الجمعية خاصة .

(١) يقدم التظلم خلال ستين يوما من تاريخ ابلاغ ذوى الشأن قرار الرفض (م ١٢ / ٢) . ويجب البت في التظلم بقرار مسبب خلال ستين يوما من تاريخ وصوله الى الجهة المختصة والا اعتبر مقبولا (م ١٢ / ٣) .

(٢) إذا كانت شخصية الجمعية لا تبدأ الا بشهر نظامها ، فينبغى التساؤل عما إذا كان في الامكان اسناد ما يتعلق بإنشاء الجمعية من حقوق والتزامات ، في فترة التأسيس وقبل اسداء شخصيتها بالشهر ، الى الجمعية لا الى المؤسسين . وقد مسبق أن رأينا امكان الاعتراف من حيث المبدأ للأشخاص الاعتبارية عموما بشخصية معينة في هذه الفترة في حدود غرض التأسيس وحده ، على أن يتوقف مصير الحقوق والالتزامات المسندة اليها في هذه الحدود من حيث استقرارها نهائيا أو زوالها على تمام أو عدم تمام تكوين هذه الأشخاص وثبوت شخصيتها . ومع ذلك ، فقد أورد المترع المصرى حكما يشكك في اعمال هذا المبدأ في شأن الجمعيات ، وهو ما يمكن معه اعتباره استثناء منه ، ينصه على أن يعتبر مؤسسو الجمعية « مسئولين عما يستلزمه انشاء الجمعية من نفقات وما يتفرع عن ذلك من التزامات » . فإذا أشهر نظام الجمعية ، ترد اليهم النفقات التى تقررها الجمعية العمومية « (م ٣ / فقرة اخيرة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤) .

وفضلا عن هذه القيود العامة ، خص المشرع الجمعيات بقيد خاص بنصه على أنه « لا يجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات ، الا بالقدر الضروري لتحقيق الغرض الذي انشئت من أجله ما لم تحصل على إذن بذلك من الجهة الإدارية المختصة » (م ١/٧) ، غير أن هذا القيد الخاص يجاوز حدود فكرة التخصص ، إذ ليس في تملك أو اكتساب حقوق على عقارات تزيد على القدر الضروري لتحقيق غرض الجمعية ، ما يحمل المعنى الذى يفرضه التخصص كقيد عام من الخروج على ذلك الغرض (١) . ولعل المشرع كان متأثرا في ذلك بنوازع الحذر التقليدى من ازدياد قوة الجمعيات بما قد يحمله ذلك من خطر على الدولة ، وبالنظر التقليدية الاقتصادية الى العقارات باعتبارها اكبر قيمة من المنقولات وعماد ثروة وقوة الجمعيات بالتالى (٢) .

وعلى أى حال ، فليس هذا القيد بالطلق ، إذ لا يسرى على الجمعيات التى تعمل فى ميدان الرعاية الاجتماعية والجمعيات الثقافية (م ٢/٧) والجمعيات ذات الصفة العامة (م ٦٥) . فيجوز لها أن تملك أو تكتسب حقوقا على عقارات ولو كانت تجاوز القدر الضروري لتحقيق غرضها ، حتى تضمن لنفسها موارد ثابتة تنفق منها على هذه الأغراض الجديرة بالتحقيق والتشجيع وتتحوط فى شأنها للمستقبل . ولأنه لا حرج — بل ليس أولى وأفضل — من التزيد فى تحقيق هذه الأغراض أمام نفعها وأهميتها البالغة دون الوقوف عند القدر اللازم والضرورى منها . فضلا عن انعدام خطر هذه الجمعيات على الدولة بالنظر الى طبيعة أغراضها وإلى خضوعها لرقابة إدارية أو إشراف إدارى أشد من سائر الجمعيات .

(١) اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩ .

(٢) ولذلك يكون للجمعية أن تملك أو تكتسب حقوقا على المنقولات دون قيد ، ولو كانت تجاوز القدر الضرورى لتحقيق غرضها (فى هذا المعنى : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتعنين المدنى مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢٩١ . — ولكن تارن : غيد الفتحاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، فقرة ١١٨ ، ص ١٧١) .

(م ٤١ — المحفل الى القانون)

٣٣٨ — نشاط الجمعية

١ — قيود نشاط الجمعية : من الواضح أن نشاط الجمعية — كنشاط أى شخص اعتبارى — يتقيد ببدا التخصص فينحصر في حدود غرضها وحده دون غيره من الأغراض . وقد أكد المشرع المصرى هذا القيد في شأن الجمعية خاصة بنصه على أن «على الجمعية أن تتفق أموالها فيما يحقق أغراضها . ولها أن تستعمل مائضى إيراداتها لضمان مورد ثابت في أعمال مضمونة الكسب على ألا يؤثر ذلك في نشاطها» (م ١٩) ، وأنه «لا يجوز للجمعية الدخول في مضاربات مالية» (م ٢٠) باعتبار ذلك مناقضا للتخصص القانونى للجمعية بوصفها لا تستهدف تحقيق الربح المادى .

وفضلا عن هذه القيود العامة ، يضع المشرع قيودا خاصة على نشاط الجمعية . منها عدم جواز انتسابها أو اشتراكها أو انضمامها الى جمعية أو هيئة أو ناد مقره خارج الجمهورية العربية المتحدة قبل ابلاغ الجهة الادارية المختصة بذلك وانتضاء ثلاثين يوما من تاريخ الإبلاغ دون اعتراض منها ، وعدم جواز حصولها على أموال من شخص أو هيئة أجنبية ، أو إرسالها شيئا من ذلك الى اشخاص أو منظمات في الخارج الا باذن من الجهة الادارية المختصة فيها عدا المبالغ الخاصة بتمن الكتب والمجلات العلمية والفنية (م ٢٣) ، وكل ذلك بقصد الرقابة على ما يكون للجمعية من صلات خارجية قد تضر بأمن الدولة وصالحها . ومن هذه القيود الخاصة كذلك أنه لا يجوز الترخيص بجمع تبرعات من الجمهور أو اقامة حفلات واسواق خيرية أو مباريات رياضية أو غير ذلك من وسائل جمع المال للأغراض الاجتماعية الا للجمعيات والاتحادات المشهرة وفي الأحوال وبالأوضاع وبالشروط التى تبينها اللائحة التنفيذية (م ٢٥) .

٢ — رقابة نشاط الجمعية : كان المشرع يخضع في الاصل نشاط الجمعية لرقابة ادارية . غير أنه زاد هذه الرقابة في القانون الحالى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ محكما بذلك قبضة الادارة على الجمعيات . وفى سبيل تمكين الادارة من ممارسة سلطتها فى الرقابة ، جعل المشرع للجهة الادارية المختصة حق الاطلاع على

السجلات والوثائق التى يلزم المشرع الجمعية الاحتفاظ بها فى مركز ادارتها (م ١٦) ، وحق فحص اعمال الجمعية والتحقق من مطابقتها للقوانين ونظام الجمعية وقرارات الجمعية العمومية (رقم ٢٧) .

ونوجز اهم اوجه الرقابة الادارية فيما يلى :

١ — يجب على الجمعية ان تخطر هذه الجهة عند تغيير المصرف المودع به اموالها خلال اسبوع من تاريخ حصوله (م ١٨) . وان تبلغها بكل اجتماع للجمعية العمومية قبل انعقاده بخمسة عشر يوما على الاقل وبالمسائل الواردة فى جدول الاعمال والاوراق المرفقة به (م ٣٩) . وان تبلغها كذلك بصورة من محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاجتماع (م ٤٤) .

٢ — لوزير الشؤون الاجتماعية تعيين ممثل للوزارة وممثل لكل هيئة من الهيئات الادارية المعنية اعضاء فى مجلس ادارة الجمعية ، على أن لايزيد عددهم عن نصف مجموع اعضاء المجلس (م ٤٨) .

٣ — خروجاً على الاصل من انعقاد الجمعية العمومية للجمعيات بناء على دعوة من مجلس الادارة ، يمكن انعقادها بناء على دعوة من الجهة الادارية المختصة اذا رأت ضرورة لذلك وبعد اخذ رأى الاتحاد المختص (م ٣٦/ج) .

٤ — للجهة الادارية المختصة، اذا دعت الضرورة، طلب عقد مجلس ادارة الجمعية بخطاب مومى عليه تحدد فيه الموضوعات التى ترى عرضها على المجلس . ويجب على المجلس النظر فى هذه الموضوعات فى الموعد الذى تحدده الجهة الادارية او خلال شهر على الاكثر من تاريخ ابلاغه (م ٥٣) .

٥ — للجهة الادارية المختصة وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الاجهزة القائمة على شئون الجمعية ، يكون مخالفا للقانون او لنظام الجمعية او للنظام العام او للاداب (م ١/٣٢) . ولكن يكون للجمعية ولكل ذى شأن الطعن فى قرار

وقف التنفيذ بغير رسوم امام محكمة القضاء الادارى ، ويجب على هذه المحكمة ان تنقضى فى الطمن على وجه الاستعجال (م ٢/٢٣) .

٦ — لوزير الشؤون الاجتماعية ، بقرار مسبب ولدة محددة ، تعيين مدير او مجلس ادارة مؤقت للجمعية ، اذا أصبح عدد اعضاء مجلس الادارة غير كاف لاتعقاده انعقادا صحيحا ، او اذا لم يتم انعقاد الجمعية العمومية عامين متتاليين بدون عذر تقبله الجهة الادارية المختصة (م ٢٨) .

٧ — للجهة الادارية المختصة ان تقرر — بقرار مسبب — ادماج اكثر من جمعية تعمل لتحقيق غرض مماثل او توحيد ادارتها او تعديل اغراضها ، تبعاً لاحتياجات البيئة او لتحقيق التناسق بين الخدمات التى تؤديها او لغير ذلك من الاسباب التى تراها كفيلة بحسن تحقيق الغرض الذى انشئت من اجله ، على ان يراعى بقدر الامكان رغبات المؤسسين وغرض الجمعية ونوع ما تؤديه من خدمات (م ٢٩) .

٣٣٩ — انقضاء الجمعية

تنقضى الجمعية بالاسباب العامة لانقضاء الشخص الاعتبارى (١) ، مثل انتهاء الاجل المحدد لها ، او استنفاد الغرض منها او استحالة تحقيقه ، او موت كل اعضائها او تضائلهم الى اقل من الحد الأدنى المفروض (٢) ، او بحلها حلاً اختيارياً أو حلاً اجبارياً . وهذا السبب الاخير هو الذى نعرض له بخاصة فيما يلى :

١ — **الحل الاختيارى** : لا يتأتى حل الجمعية حلاً اختيارياً الا بقرار يصدر من الجمعية العمومية بأغلبية ثلثى اعضائها ، ما لم يرد فى نظام الجمعية نص يشترط أغلبية اكثر من ذلك (م ٢/٤٢) .

٢ — **الحل الاجبارى** : لم يكن يتأتى فى الاصل حل الجمعية حلاً اجبارياً الا

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٢٥ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٦٢٣ .

بحكم قضائي (١) . ولكن القانون الحالي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ جعل هذا الحل بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية بعد اخذ رأى الاتحاد المختص ، على ان يبلغ هذا القرار للجمعية بخطاب موسى عليه بعلم وصول (م ٥٧/١٥١) . غير أن الوزير لا يملك تقرير الحل الا في حالات محددة نكرها القانون على سبيل الحصر وهي : (١) اذا ثبت عجز الجمعية عن تحقيق الاغراض التي انشئت من أجلها . (٢) اذا تصرفت في أموالها في غير الوجه المحددة لها طبقا لاغراضها . (٣) اذا تعذر انعقاد جيمعتها العمومية علمين متتاليين (٤) اذا ارتكبت مخالفة جسيمة للقانون أو اذا خالفت النظام العام أو الاداب (م٥٧/١) ولكن يظل من حق الجمعية ومن حق كل ذي شأن الطعن في قرار الحل أمام محكمة القضاء الاداري ، ويوجب المشرع على المحكمة الفصل في الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات (م٥٧/٣) .

تصفية الجمعية : اذا حلت الجمعية حلا اختياريا أو حلا اجباريا ، فتدخل دور التصفية التي يقوم بها مصف تعينه الجهة التي أصدرت قرار الحل (م ٥٩) ، أي تعينه الجمعية العمومية في حال الحل الاختياري ووزير الشؤون الاجتماعية في حال الحل الاجباري . وينبغى — قيلاسا على المقرر في شأن الشركات — الإبقاء على شخصية الجمعية المنحلة طوال فترة التصفية ، ولكن في حدود حاجات التصفية وبالقدر اللازم لانهاها فحسب كما سبق البيان (٢) ، واعتبار المصفي ممثلا لها في هذه الحدود .

وبعد تمام التصفية ، يقوم المصفي بتوزيع ما تبقى من أموال الجمعية وفقا لمسا هو مقرر في نظامها وبما لا يتعارض مع احكام القانون الآمرة . ومن هذه الاحكام انه « لا يجوز أن ينص في نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند الحل الا الى الجمعيات أو المؤسسات الخاصة أو الاتحادات التي تعمل في ميدان عمل الجمعية المنحلة » (م ٥) ، مما يعنى عدم جواز

(١) انظر كتابنا سابق الذكر ، ص ٩٨٧ و ٩٨٨ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٦٢٥ .

النص على ايلولة اموالها عند الحل الى الاعضاء او الى ورثتهم أو اسرهم .
وحكمة ذلك واضحة ، لان الاصل في وجود الجمعيات ليس هو تحصيل ربح
للاعضاء فضلا عن أن مواردھا تجمع في الغالب من حصيلة التبرعات
والاعانات فلا يجب أن تكون مصدرا لاثراء الاعضاء . ولكن اذا انتفت هذه
الحكمة — وهو ما يتحقق في شأن المال المخصص لصندوق الاعانات المتبادلة
أو لصندوق المعاشات (م ٣/٥) ، وفي شأن حصص الجمعيات التعاونية
(م ٥٥ من قانون الجمعيات التعاونية رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦) — فليس
ما يمنع من النص في نظام الجمعية على ايلولة هذه الاموال أو تلك الحصص
الى الاعضاء أو ورثتهم أو اسرهم .

واذا لم يوجد في نظام الجمعية نص صحيح واجب التنفيذ على كيفية
توزيع المتبقى من اموالها ، أو وجد ولكن اصبحت طريقة التوزيع المنصوص
عليها غير ممكنة ، وجب على الجهة الادارية — وهي مجلس المحافظة —
أن يقرر — بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة — توجيه اموال الجمعية المنحلة
الى الهيئات الاجتماعية التي تراها (م ٢/٦٠) .

٢٤٠ — الجمعيات ذات النفع العام أو الصفة العامة

من الجمعيات ما يتحضر غرضه للصالح والنفع العام ، مما يبرر معاملتها
معاملة ممتازة رعاية لهذا الغرض ، بالتمكين لها من تمام القدرة على تحقيقه
عن طريق منحها بعض امتيازات السلطة العامة واعفائها من بعض ما يرد
من قيود على أهلية الجمعيات بوجه عام ، واعطاء السلطة الادارية — مقابل
ذلك — قسطا من الاشراف والهيمنة عليها اكبر مما لها من ذلك على الجمعيات
العادية . وهذه الجمعيات كانت معروفة دائما في القانون المصري باسم الجمعيات
ذات النفع العام ، ولكن المشرع أصبح يسميها اليوم « الجمعيات ذات الصفة
العامة » .

وواضح أن اخضاع مثل هذه الجمعيات لهذا النظام الخاص يقتضى
القطع في حقيقة غرضها واستهدافها الخدمة أو المنفعة العامة ، وهو أمر

يجب أن يترك تقديره للسلطة التنفيذية ، ولذلك ينص المشرع على أن «تعتبر جمعية ذات صفة عامة كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك . كما يجوز بقرار من رئيس الجمهورية سحب الصفة العامة من الجمعية » (م ٦٣) . غير أن سحب الصفة العامة من الجمعية لا يفقدها شخصيتها الاعتبارية ، بل يقتصر على مجرد حرمانها من الخضوع لنظام الجمعيات ذات الصفة العامة واعادة اخضاعها للنظام العادى للجمعيات عموما .

والجمعيات التى يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها من الجمعيات ذات الصفة العامة ، تظل — رغم تمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة — من اشخاص القانون الخاص الاعتبارية ، فلا تعد بذلك من اشخاص القانون العام الاعتبارية ولا تختلط بصفة خاصة ببعض صورها كالمؤسسات العامة .

١ — **امتيازات الجمعيات ذات الصفة العامة** : تتمتع الجمعيات ذات الصفة العامة — بالنظر الى ما تقوم به من خدمة ومنفعة عامة — بنوعين هامين من الامتيازات :

١ — تعتبر هذه الجمعيات مستثناة من قيود الاهلية المتعلقة بتملك الاموال والعقارات (م ٦٥) ، فتستطيع ان تملك او تكتسب حقوقا على العقارات ولو كانت مجاوزة للقدر الضرورى لتحقيق فرضها .

٢ — تتمتع هذه الجمعيات ببعض اختصاصات وامتيازات السلطة العامة، كعدم جواز الحجر على اموالها كلها او بعضها ، وعدم جواز تملك هذه الاموال بضى المدة ، وجواز قيام الجهة الادارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التى تقوم بها الجمعية . ويحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعية ذات الصفة العامة من هذه الاختصاصات والامتيازات (م ٦٤) (١) .

(١) وقد أعطيت خصائص السلطة العامة الثلاث المذكورة في هذا النص بقرار رئيس الجمهورية الصادر في ١٩ فبراير سنة ١٩٥٧ باعتبار الجمعيات الآتية ذات نفع عام : اللجنة العليا لمعونة الشتاء وفروعها ، وجمعية الهلال الأحمر المصرى بالقاهرة وبالإسكندرية، وجمعية الاسماك

٢ — سلطة الإدارة في الإشراف على الجمعيات ذات الصفة العامة :

إذا كانت الجمعيات ذات الصفة العامة تتمتع بعض مزايا واختصاصات السلطة العامة ، فيجب أن يقابل ذلك خضوعها لإشراف ورقابة إدارية أشد من سائر الجمعيات العادية . ولذلك أعطى المشرع لجهة الإدارة المختصة — وهى المحافظ (١) — الرقابة على تشكيل مجالس إدارة هذه الجمعيات وهيئاتها التنفيذية ، باستبعاد من ترى استبعاده من المرشحين لانتخاباتها (٢) ، والإشراف على هذه الانتخابات ، والفناء الانتخاب (٣) الذى يقع مخالفا لنظام الجمعية أو للقاتون (م ٥٥) .

٥ ٢ — مجموعات الأموال

٣٤١ — تمهيد وتقسيم

يقصد بمجموعات الأموال تلك الأشخاص الاعتبارية التى تتألف من أموال مرصودة على تحقيق غرض معين . وقد كانت الأوقاف الى قريب هى الصورة الوحيدة التقليدية فى مصر لمثل هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية ، اذ يجب

=العلم الأهلية فى جميع أنحاء الجمهورية ، والجمعية العامة لمكافحة الدرن بالقاهرة ، والجمعية النسائية لتحسين الصحة ، وجمعية الميرة وفرومها ، والجمعية الخيرية الإسلامية بالقاهرة ، وجمعية المؤسسات الإسلامية بالقاهرة ، ورابطة الإصلاح الاجتماعي بالقاهرة ، وجمعية المؤسسات الإسلامية بالإسكندرية ، وجمعية العروة الوثقى بالإسكندرية ، ومبرة الإسكندرية ، وجمعية الحرية لرعاية الطفولة بالإسكندرية ، وجمعية لولادى بالمعدي (النشرة التشريعية ، فبراير سنة ١٩٥٧ ، ص ٣٦٣) . وصدر كذلك قرار ثان من رئيس الجمهورية فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٧ باعتبار سبع وستين جمعية أخرى جمعيات ذات نفع عام ، وغرض وزير الشؤون الاجتماعية فى أن يعين — بقرار منه — ما تتمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة (النشرة التشريعية ، نوفمبر سنة ١٩٥٧ ، ص ١٩٢٧) . ثم كذلك قرار رئيس الجمهورية رقم ١٧٦ لسنة ١٩٦٠ باعتبار ثلاث جمعيات من الجمعيات ذات النفع العام ومن بينها الهيئة العليا لمسباق الخيل بالقاهرة ، ودخل وزير الشؤون الاجتماعية سلطة تعيين ما تتمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة .

(١) م ٤٤ ج من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧

(٢) يجب إبلاغ الجهة الإدارية المختصة بأسماء المرشحين قبل موعد إجراء الانتخاب بثلاثين يوما على الأقل . ولهذه الجهة استبعاد من تراه وإبلاغ ذلك الى الجمعية قبل موعد الانتخاب بسبعة أيام ، والا اعتبر سكوتها عن عدم الاعتراض خلال هذه المهلة موافقة منها على الترشيح (م ٥٥) .

(٣) يتم الفناء بقرار مسبب تصدره الجهة الإدارية المختصة خلال خمسة عشر يوما من إبلاغها بحضور الانتخاب (م ٥٥ / ٢) .

انتشار الوقف في مصر وتأصله فيها منذ قديم ، كنظام تقليدى مستقر ، واخر طويلا ظهور صور أخرى الى جواره من مجموعات الاموال ذات الشخصية الاعتبارية . غير ان ما أحاط بنظام الوقف في العمل من جمود وما اتسمت به ادارته من فساد ، صرف كثيرا من الناس — في تحقيق ما يريدون من أغراض البر — عن سلوك طريق الوقف ، واضطربهم — لذلك ولعدم اتساع صورة الوقف لبعض أغراض النفع العام التى لا تحمل معنى البر (١) — الى سلوك طرق غير مباشرة كالهبة للحكومة او طرق غير مناسبة كانشاء جمعيات لتحقيق هذه الاغراض . من أجل ذلك لم يجد المشرع المصرى بدا من انشاء صورة جديدة من صور مجموعات الاموال ذات الشخصية الاعتبارية الى جوار الوقف ، واختار لذلك الصورة المعروفة والمتنشرة في كثير من الشرائع الحديثة وهى صورة « المؤسسة » .

(١) الاوقف

٣٤٢ — شخصية الوقف الاعتبارية

الوقف هو حبس العين عن التصرف او عن التملك لاحد من العباد ورصد منفعتها — على سبيل التاقية او التأيد — على جهة من جهات البر ابتداء او انتهاء . وقد تأصل نظام الوقف في الفقه الاسلامى ، وشاع الالتجاء اليه منذ اول العهد الاسلامى في البلاد الاسلامية وفي مصر منها خاصة ، لما يحمله من معنى التصدق المندوب اليه ديانة .

وقد كان ثبوت الشخصية الاعتبارية للوقف محل شك ، امام عدم وجود نص صريح اول الامر في القانون المصرى ، وامام افتقاد نظرية للشخصية

(١) كمشروع الغرض (انظر في امتناع اخراجه مخرج الوقف : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٠ ، ص ٣٦٢) .

الاعتبارية في الفقه الاسلامى . ولكن الواقع ان هذا الفقه يحتوى على بعض احكام فرعية لا يمكن حلها الا على محل الاعتراف لبعض الجهات بصلاحيه وجوب الحقوق والالتزامات ، مما يعنى وجود اساس صالح لفكرة الشخصية الاعتبارية في هذا الفقه (١) . فضلا عن ذلك ، ففى احكام الوقف الفرعية خاصة ما يؤكد صلاحيته — فى نظر الفقه الاسلامى — للوجوب له وعليه ويثبت له الذمة أو الشخصية ، اذ ثابت له — بمقتضى هذه الاحكام — انفصالة واستقلاله عن شخصية الواقف وشخصية الناظر وشخصيات المستحقين ، واسناد الالتزامات والحقوق اليه بذاته لا الى أحد من هؤلاء ، كتحميله بالدين فى احوال الاستدانة الصحيحة ، وحقه فى الضمان عن استهلاك ماله أو اغتصاب اعيانه ، وحقه فى ملكية ما يشتري من نقض غلته (٢) .

ولذلك لم يكن غريبا ان يستقر القضاء المصرى على اعتبار الوقف شخصا من الاشخاص الاعتبارية (٣) ، وأن يعتبر ناظره نائبا عن الوقف لا عن المستحقين . وقد احسن المشرع المصرى من بعد بقرار هذا الاتجاه المحمود الذى يتفق وحقيقة الواقع من نظرة الفقه الاسلامى الى الوقف ، اذ نص صراحة فى التقنين المدنى الحالى على احتساب الاوقاف من طوائف الاشخاص الاعتبارية (م ٣/٥٢) .

ويخضع الوقف فى تنظيمه واحكامه أساسا للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ والقوانين المعدلة له ، وللراجع من مذهب أبى حنيفة فيما لا تعرض له هذه القوانين من مسائل . وليس هذا مجال عرض احكام الوقف ، فانما

(١) انظر فى ذلك :

محمد فرج السنهورى ، مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الاسلامى ، ج ٣ ، قانون الوقف ، فقرة ٥٥٥ ، ص ٨٢٢ . — وكتابنا سالف الذكر ، ص ٨٦٤ و ٨٦٥ .

(٢) انظر فى تأكيد الشخصية الاعتبارية للوقف فى نظر الفقه الاسلامى : محمد فرج السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٦ ، ص ٨٢٤ و ٨٢٥ .

(٣) السيدة زينب الجزئية ، ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ ، المجموعة الرسمية ٢٣ ، رقم ١١٥ ص ١٧٦ . — استئناف مصر ، ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ ، الحلباء ٤٨٣/١٦٢/٢ . — استئناف مخطوط ، ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ ، الحلباء ٤٧١/٤٠٠/٥ . — نقض ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٤ ، مجموعة مصر ، ج ١ ، رقم ١٧٥ ، ص ٢٧٠ .

يعنينا الكلام فيه في هذا المقام بوصفه شخصا اعتباريا . وتبدأ شخصيته الاعتبارية بتمام نشوئه وتكوينه وفق أحكام القانون ، اذ هو من طوائف الاشخاص الاعتبارية التي يفنى الاعتراف العام في شأنها دون تطلب اعتراف خاص ، ويتم نشوء الوقف وتكوينه باشهاد لدى المحكمة (١) وقيده في دفاترها .

وتنتهى شخصية الوقف انتهاء طبيعيا بانتهاء المدة المعينة له ان كان مؤقتا ، او بانقراض الموقف عليهم (م ١٦ من قانون الوقف) . ويعود الوقف ملكا للواقف اذا كان حيا ، والا فلورثته الموجودين وقت وفاته ، والا كان للخزانة العامة (م ١٧) . وتنتهى هذه الشخصية بحكم من المحكمة — بناء على طلب ذوى الشأن — اذا تخربت اعيان الوقف كلها او بعضها ، ولم يمكن عمارة المتخرب او الاستبدال به على وجه يكفل للمستحقين نصيبا في الفلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الفلة وقتها طويلا (٢) ، ويصير ما انتهى فيه الوقف ملكا للواقف ان كان حيا ، والا فلمستحقه وقت الحكم بانتهائه (م ١٨) .

٢٤٣ — مصير نظام الوقف

اذا كان نظام الوقف قد رسخت اقدامه وشاع العمل به في مسر منذ قرون عديدة ، الا ان تطور الاوضاع الاقتصادية في العصر الحديث قد كشف عن جمود هذا النظام بعمرلته تداول الاموال واستغلالها على النحو المثمر المفيد ، مما انعكس معه القصد منه فتضاعلت ثمراته على نحو جعل نصيب الفقراء والمستحقين فيه نافها عديم الجدوى ، فضلا عما كان لسوء ادارته من يد طولى في تخريب اعيانه ونهب ثمراته وتضييع أغراضه . من اجل ذلك ، عمت الشكوى من سوء حال الاوقاف ، وارتفعت الدعوة الى

(١) اذا كان الموقف عقارا ، فيجب تسجيل الاشهاد المذكور في سجلات الشهر العقارى .

(٢) وكذلك يمكن — بقرار من المحكمة — انتهاء الوقف جزئيا في نصيب أى مستحق يصبح ما يأخذه من الفلة ضئيلا (م ١٨) .

انتهائها وحلها . وقد وجد المشرع المصرى ، فى صدور قانون الاصلاح الزراعى المحسد للملكية الاراضى الزراعية بما لا يزيد على نصاب معين ، فرصة سانحة للتدخل تدخلا حاسما — وان كان جزئيا — بالبتز بعد ان استعصى العلاج ، فمضى بالغاء الوقف على غير الخيرات وهو المعروف بالوقف الاهلى بالرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

وبذلك انكشف وضاق نطاق الوقف الى حد الانحصار فى الوقف الخيرى وحده الذى يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهات البر . وفى شأن هذا الوقف ، تدخل المشرع كذلك للتوقى من مساوئ ادارته الزمنية ومن جهود نظامه ، فجعل الولاية عليه لوزارة الاوقاف ما لم يشترط بالوقف النظر لنفسه (١) ، واجاز لوزير الاوقاف — بموافقة مجلس الاوقاف الاعلى واجازة المحكمة — اصدار شرط الواقف وصرف ريع الوقف كله او بعضه على جهة بر اخرى تكون اولى من الجهة التى عينها الواقف (٢) . واذا كانت هذه الاحكام تستجيب لدواعى الاصلاح والعلاج الواجبة ، فيبدو انها تكاد تحمل الانفراد على الاحجام عن سلوك طريق الوقف وتكاد تقضى بالتالى على البقية الباقية منه (٣) ، وبخاصة بعد استحداث القانون المصرى نظام المؤسسات الخاصة .

(٢) المؤسسات الخاصة

٣٤٤ — تمهيد

سبق أن أشرنا الى ان قيام نظام الوقف واستقراره فى مصر منذ بعيد كان سببا فى تأخير ظهور نظام المؤسسات الخاصة فيها . فلم يتم ادخال صورة المؤسسة الا على يد التقنين المدنى الحالى الذى عنى بتنظيم احكامها

(١) م ٢ من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ ، المحلة بالقانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

(٢) المادة الاولى من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

(٣) محمد مصطفى شلبى ، الوقف والوصية بين الفقه والقانون ، ١٩٥٨ ، ص ١٢٥ و ١٢٦

في المواد من ٦٩ الى ٧٨ منه . وقد رأى المشرع من بعد — بمناسبة اعادة تنظيم وجمع احكام الجمعيات — أن يعيد تنظيم احكام المؤسسات كذلك ، فأصدر القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ جامعا لاحكام الجمعيات والمؤسسات التي سماها « المؤسسات الخاصة » تمييزا لها عن « المؤسسات العامة » ، وناسخا بذلك ما كان يحكمها من مواد التقنين المدني . وقد تم اخيرا الغاء هذا القانون واحلال القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٤ محله ، وهو الذي نعرض لاحكامه في تنظيم المؤسسات الخاصة فيما يلي :

٣٤٥ — مقومات المؤسسة الخاصة

المؤسسة الخاصة شخص اعتباري ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذي صفة انسانية او دينية او علمية او فنية او رياضية ، او لاي عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية و النفع العام ، دون قصد الى ربح مادي (م ٦٩) . ومن هذا التعريف ، تتبين أركان ومقومات المؤسسة الخاصة الآتية :

١ — تقوم المؤسسة أساسا على مال او مجموعة من الاموال كالوقف ، وليس على تجمع جماعة من الاشخاص كالشركة او الجمعية . فقد يكون منشؤها واحدا ، وقد يكون لها منشؤون عدة ومع ذلك فهم لا يدخلون في تكوينها كأعضاء فيها بل ينتهي دورهم برصد ما يخصصون من مال أو أموال على تحقيق الغرض المقصود .

٢ — تستهدف المؤسسة تحقيق غرض من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون أي قصد الى تحقيق ربح مادي . وبذلك تتميز المؤسسة أساسا عن الشركة التي تستهدف الربح المادي . واذا كانت المؤسسة تتفق وتشارك مع الجمعية في استبعاد استهداف تحقيق الربح ، الا انها يفرقان مع ذلك في نوع ما يصلحان لتحقيقه من أغراض ، اذ لا تصلح المؤسسة الا لتحقيق أغراض ومصالح عامة ، بينما تصلح الجمعية لتحقيق أغراض ومصالح عامة أو خاصة على السواء . واذا كانت المؤسسة كذلك

تتفق مع الوقف — منذ الغناء الوقف الاهلى (١) — فى استهداف تحقيق غرض عام من أغراض البر ، الا أن أغراض المؤسسة تجاوز بعد ذلك غرض الوقف ، لانها تتسع لتحقيق النفع العام الذى قد لا يحمل معنى تحقيق البر .

٣ — تنشأ المؤسسة ادة غير معينة ، فلا يجوز تحديدها بمدة مؤقتة معلومة ، وهى فى ذلك تختلف عن الوقف الذى يجوز أن يكون مؤقتا أو مؤبدا .

٣٤٦ — انشاء المؤسسة الخاصة وبدء شخصيتها

يتحقق انشاء المؤسسة بارادة منشئها اذا كان واحدا أو منشئها اذا كانوا عدة ، سواء كان انشاء حالا توجد به المؤسسة فى حياته أو حياتهم ، أو كان مضافا الى ما بعد الموت لا توجد به الا بعد وفاته أو وفاتهم . ويتطلب المشرع أن يتم الانشاء بسند رسمى اذا كان حالا ، واذا كان مضافا الى ما بعد الموت فيتم عن طريق الوصية دون اشتراط رسميتها ، اذ ينص على أن « يكون انشاء المؤسسة بسند رسمى أو وصية » (م ١/٧٠) .

ويعتبر انشاء المؤسسة ، بالنسبة الى دائئى المنشئ وورثته ، تصرفا على سبيل التبرع من جانب المنشئ (٢) ، فيخضع لما يخضع له هذا النوع من التصرفات من احكام (٣) .

(١) كان من شأن وجود الوقف الاهلى امكان تحقيق غرض خاص لا تتسع له المؤسسة ، كرمص الشخص مالا على تعليم أفراد أسرته . أما اليوم وبعد أن ألغى الوقف الاهلى ، فلا ينتأ اعطاء هذا المال الشخصية الاعتبارية الا عن طريق اعتراف خاص من المشرع (انظر : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨) ، أو بسلوك طريق غير مباشر بتكوين جمعية ، وهو غير متيسر فى كل الاحوال .

(٢) ينص المشرع على أن « يعتبر انشاء المؤسسة بالنسبة الى دائئى المنشئ وورثته بمثابة هبة أو وصية ... » (م ٧١) . ولكن من الواضح أنه غير صحيح وصف انشاء المؤسسة بأنه هبة لان الهبة عقد يتطلب الإيجاب والقبول ، ولا يتصور القبول من المؤسسة التى لم تنشأ بعد ، بل ولا حاجة للقبول لنشوء المؤسسة اذ تكفى لذلك ارادة المنشئ وحده (انظر : عبد الحى حجازى ، ص ١٨٩ و ١٩٠ . — اسماعيل غانم ، السابق ، ص ٢٤٩) .

(٣) فيجوز لدائئيه الطمن فى هذا التصرف ومنع تنفاذه فى حقهم اذا توافرت شرائط الدعوى البوليصية (م ٢٢٨ مئى) . ولا ينفذ هذا التصرف فى حق الورثة — اذا كان وصية أو فى حكمها — نيبا زاد على ثلث التركة الا باجازتهم .

ويعتبر السند الرسمى او الوصية باقضاء المؤسسة مستورها ، ولذلك يجب ان يشتمل على البيانات الاساسية المتعلقة بها وهى : اسم المؤسسة وميدان نشاطها ونطاق عملها الجغرافى ، ومركز ادارتها على ان يكون هذا المركز فى الجمهورية العربية المتحدة ، والغرض من انشائها ، وبيان للاموال المخصصة له ، ونظام ادارة المؤسسة بما فى ذلك اسم مديرها (م ٢/٧٠) .
وفضلا عن ذلك يجب ان يشتمل سند المؤسسة على البيانات الاخرى التى يصدر بتعيينها قرار من الجهة الادارية المختصة (م ٣/٧٠) .

واذا كان انشاء المؤسسة يتم من جانب المنشئ وبلادته وحده ، فمقتضى ذلك فى الاصل امكان رجوعه فى هذا الانشاء . وظاهر ان الانشاء اذا كان بوصية ، فمقتضى القواعد العامة — باعتبار الوصية غير ملزمة للموصى الا بموته — امكان رجوع المنشئ عن المؤسسة فى اى وقت قبل موته (١) ، فلا توجد المؤسسة الموصى بها اذن الا بموت منشئها مصرا عليها . اما اذا كان انشاء المؤسسة حالا بسند رسمى ، فيجوز لمنشئها العدول عنها بسند رسمى آخر بشرط ان يتم هذا العدول قبل شهر المؤسسة (م ٧٢) .

وكما هو الشأن فى الجمعيات لا تثبت الشخصية للمؤسسة الا بشهر نظامها (م ٧٣) وابتداء من هذا الشهر ، وذلك فى مواجهة الكافة . ويتم شهر المؤسسة ، بناء على طلب منشئها او اول مدير لها او الجهة الادارية المختصة بالاشراف على المؤسسة ، طبقا للاحكام المقررة لشهر الجمعيات (م ٧٤) .

وقد كان المشرع فى التقنين المدنى يجعل انشاء المؤسسة فى الاصل حرا

(١) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، ص ١٧٦ و ١٧٧ . — شمس الدين الوكيل ، ص ١٣٣ . جبيل الشراوى
ص ١٧٦ و ١٧٧ . — اسماعيل غنم ، ص ٢٤٩ . — عبد التعم البدروى ، ص ٧٢٧ .

وقارن مع ذلك :

شفيق شحاته ، هابش ص ١٣٧ . — عبد الحى حجازى ، ص ١٨٩ . — محمد سامى
مذكور ، ص ١٥٦ .

دون رقابة ابتدائية عليه من قبل الدولة أو السلطة التنفيذية فيها بوجه
اخص . ولكنه عدل من بعد عن ذلك ، فأخضع الانشاء لمثل هذه الرقابة (١) ،
اذ نص على أن « للجهة الادارية المختصة ، بعد اخذ رأى الاتحاد ، الاعتراض
على انشاء المؤسسات » (م ٧٥) . ولكنه احسن بتحديد الاسباب المبررة
للاعتراض على انشاء المؤسسة ، حتى لا تنقلب سلطة الاعتراض الى سلطة
تحكيمية من جانب الجهة الادارية ، وحتى يمكن للقضاء الادارى مراقبة
قرارات الاعتراض للتأكد من سلامتها ومشروعيتها ، اذ نص على أن « لمجلس
الحفاظة بعد اخذ رأى الاتحاد المختص الاعتراض على انشاء المؤسسات اذا
تبين انها تسعى الى اغراض لا تدخل فى نطاق اوجه النشاط الاكثر حاجة
الى الرعاية بالنسبة الى منطقة عملها أو لا تدخل فى نطاق ميادين الخدمة
الوارد بيانها بهذه اللائحة » (م ١/٣٥ من اللائحة التنفيذية لقانون الجمعيات
والمؤسسات الخاصة) ، وذلك تفاديا لبعثرة الجهود وتخيرا للاصلاح والاحوج
لكل منطقة .

٣٤٧ - مدى شخصية المؤسسة الخاصة ونشاطها

(١) قيود اهلية وجوب المؤسسة : واضح ان المؤسسة تنقيد اهلية
وجوبها بما تنقيد به اهلية وجوب الشخص الاعتبارى بوجه عام ، فلا تثبت
لها الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الانسان الطبيعية ، ويقتصر ما يسند
اليها من حقوق والتزامات على المتعلق منها بغرضها المحدد فحسب دون
غيره من الاغراض خضوعا لمبدأ التخصص الذى سبقت الاشارة اليه .
وفضلا عن هذه القيود العامة التى تحد من اهلية وجوب المؤسسات
والاشخاص الاعتبارية بوجه عام ، خص المشرع المؤسسات الخاصة كذلك
بقيد خاص ، اذ نص على أنه « لا يجوز للمؤسسة قبول الوصايا أو الهبات

(١) انظر فى موقف التشريعات المختلفة وتراوحها بين مدأ حرية انشاء المؤسسات ومبدأ
رقابته :

Travaux de la semaine internationale de droit. Paris, 1937, t. III, les
fondations.

الا باذن من الجهة الادارية المختصة » (م ٧٨) ، وذلك لضمان عدم انطواء مثل هذه الوصايا والهيئات على شروط متعارضة مع غرض المؤسسة الاصلى او من شأنها اخراج المؤسسة عن هذا الغرض .

ولكن لا يرد على اهلية وجوب المؤسسات — كما سبق البيان — مثل ما يرد على اهلية وجوب الجمعيات من حظر تملك العقارات او اكتساب حقوق عليها الا بالقدر الضرورى لتحقيق غرضها . فتنستطيع المؤسسات اذن أن تملك او تكتسب حقوقا على عقارات ولو تجاوزت في ذلك هذا القدر الضرورى .

(٢) **نشاط المؤسسة ورقابته** : اذا كانت اهلية وجوب المؤسسة تتقيد ببدا التخصص ، فهى تتقيد به كذلك في شأن نشاطها ككل شخص اعتبارى ، فيجب عليها التزام حدود غرضها المحدد فيما تقوم به من نشاط ، دون أن تملك الخروج عليه بنشاط يحقق اساسا غرضا أو أغراضا أخرى . ويتولى نشاطها مدير يقوم بادارتها وتمثيلها فيما لها من حقوق وما عليها من واجبات (م ٧٦) .

و ضمانا لالتزام المؤسسة في نشاطها احكام القانون واحكام نظامها وكفالة لحسن ادارتها وتحقيق ما يستهدفه وجودها من غرض ، جعل القانون للادارة سلطات واختصاصات واسعة في رقابتها وفي تعديل نظامها على السواء (م ٧٥) (١) .

١ — **فصيا يتعلق بالرقابة** ، اعطى القانون الجهة الادارة المختصة سلطات رئيسية ثلاث هى :

(١) **لجنة الادارة المختصة** — وهى مديرية الشؤون الاجتماعية المختصة (٢) — سلطة الاعتراض على أى تصرف مالى — يجره مدير المؤسسة أو مجلس

(١) وذلك على خلاف ما كان يقرر التفتين الخنى (م ٧٦) من اعطاء هذه السلطات والاختصاصات للمحكمة بناء على طلب تطلبه جهة الادارة المختصة .

(٢) م ٤٤/و من اللائحة التنفيذية للجمعيات والمؤسسات الخاصة ، معدة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧ .

ادارتها خلال شهر من تاريخ اخطارها به (١) . فاذا لم تعترض خلال تلك المدة ، اعتبر التصرف نافذا (م ٨٠) .

(٢) لجهة الادارة المختصة — والمقصود بها هنا المحافظ (٢) — سلطة عزل المديرين الذين يثبت اهمالهم في الادارة ، أو عدم تنفيذ ما فرضه عليهم القانون أو سند المؤسسة ، أو الذين يستعملون اموال المؤسسة فيما لايتفق مع اغراضها أو قصد منشئها ، أو الذين يرتكبون أى خطأ جسيم آخر ، أو لاعتبارات قومية . وتقوم هذه الجهة بتعيين من يحل محلهم في ادارتها (م ١/٧٩) .

(٣) لجهة الادارة المختصة — وهى مجلس المحافظة (٣) — وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الاجهزة القائمة على شئون المؤسسة يكون مخالفا للقانون أو لنظام المؤسسة أو للنظام العام أو للآداب (م ١/٣٣ و ٨١) (٤) .

وفضلا عما تقدم من سلطات الرقابة في شأن المؤسسات عموما ، فلمجلس المحافظة سلطة تعيين ممثل أو أكثر لمديرية الشئون الاجتماعية في مجلس ادارة المؤسسات التى تنشأ بمال جمع كله أو بعضه من الجمهور (م ٢/٣٦ من اللائحة التنفيذية) .

٢ — وفيما يتعلق بتعديل نظام المؤسسة ، أعطى القانون جهة الادارة المختصة . وهى المحافظ (٥) — سلطة تخفيف أو الغاء كل أو بعض الالتزامات والشروط المقررة في سند انشائها ، اذا كان ذلك لازما للمحافظة على اموال المؤسسة أو لتحقيق الغرض من انشائها (م ٧٩) .

٢٤٨ — انقضاء المؤسسة

اذا كانت الجمعية أو الشركة تنقضى بالحل الاختيارى والحل الاجبارى

(١) يجب أن يتم الاخطار خلال أسبوع من تاريخ اجراء التصرف (م ٨٠) .

(٢) م ٤٤/ ج من اللائحة التنفيذية ، معلة بالقرار سالف الذكر .

(٣) م ٤٤/ ب من اللائحة التنفيذية ، معلة بالقرار سالف الذكر .

(٤) وللمؤسسة ولكل ذى شأن أن يطعن في قرار وقف التنفيذ بغير رسوم أمام محكمة القضاء الإدارى ، وعلى المحكمة أن تقضى في الطعن على وجه الاستعجال (م ٢/٢٢ و م ٨١ من القانون) .

(٥) م ٤٤/ ج من اللائحة التنفيذية ، معلة بالقرار سالف الذكر .

على السواء ، فواضح انه لا يتصور انقضاء المؤسسة الا عن طريق الحل
الاجبارى وحده دون الحل الاختيارى لانها مجرد مجموعة اموال وليست
بجماعة أشخاص .

ويقرر القانون انه يسرى على المؤسسة من حيث حلها وتصفياتها مايسرى
على الجمعيات من احكام (م ٨١) ، ما يعنى أن مثل هذا الحل يصدر به قرار
مسبب من وزير الشؤون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص وذلك في
حالة عجز المؤسسة عن تحقيق اغراضها ، او تصرفها في أموالها في غير
الأوجه المحددة لها طبقا لاغراضها ، او ارتكابها مخالفة جسيمة للقانون
او مخالفتها النظام العام او الاداب (م ٥٧) .

وتجرى التصفية وفق الاحكام المقررة في سند انشاء المؤسسة ، والا وجب
على الجهة الادارية — بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة — أن تقرر توجيهِ
اموال المؤسسة المنحلة الى الهيئة الاجتماعية التى تراها (م ٢/٦٠ وم ٨١) .

الباب الثاني

محل الحق

٣٤٩ — تمهيد وتقسيم

إذا كان للحق صاحب هو الشخص ، فله كذلك محل . وفي هذا الصدد ينبغي اجتناب الخلط بين « محل الحق » وبين « مضمون الحق (١) » .
مضمون الحق هو السلطات أو المكتات التي يعطيها الحق ويحولها لصاحبه ، بينما محل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق — بمضمونه هذا — من شيء أو عمل . مضمون حق الملكية مثلا هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، بينما يعتبر الشيء الذي تنصب عليه هذه السلطات هو محل هذا الحق .

ومحل الحق — كما سبق البيان — قد يكون شيئا وقد يكون عملا . والمثل الرئيسي للحقوق التي محلها أشياء هو الحق العيني الذي يعطى صاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء مادي ، وكذلك فالحق الذهني محله شيء من الأشياء وإن كان شيئا معنويا غير مادي هو الخلق الذهني أو الفكرى . والمثل الرئيسى للحقوق التي محلها أعمال هو الحق الشخصى أو حق الدائنية ، إذ هو سلطة للدائن فى اقتضاء عمل من جانب المدين سواء كان هذا العمل ايجابيا أو سلبيا .

فنتقسم الكلام فى محل الحق اذن الى فصلين :

الفصل الاول — فى الأشياء .

الفصل الثانى — فى الاعمال .

(١) فى هذا المعنى :

Dablm, pp. 168, 169.

الفصل الأول

الاشياء

٣٥٠ - مملول الشيء ، وتمييزه عن المال :

المقصود أصلا بالشيء كل ما لا يعد شخصا ، ويكون له كيان ذاتي منفصل عن الإنسان (١) سواء كان هذا الكيان ماديا يدرك بالحوس أو معنويا لا يدرك إلا بالتصور ، ولذلك فالشيء إما مادي أو معنوي . ومن أمثلة الاشياء المعنوية المصنفات الفكرية والاختراعات القابلة للاستغلال الصناعي والتي يحميها القانون بمنح براءات بها، والعلامات والبيانات والاسماء والعناوين التجارية، واسماء الأشخاص الطبيعيين ، والمحل التجاري *le fonds de commerce* الذى ينظر اليه فى مجموعه كشيء معنوي مجرد له كيانه الذاتى المستقل عن العناصر المكونة له (٢) .

وإذا كان الشيء - ماديا أو معنويا - يصلح على هذا النحو محلا للحق ، فقد سبق أن رأينا أنه ليس محلا لكافة أنواع الحقوق وإنما هو محل لبعضها دون البعض . فهو يصلح محلا للحقوق القائمة على أساس من روابط التسلط ، لأن التسلط لا يتصور منصبا إلا على الأشياء ، ولذلك يصلح الشيء محلا للحق العيني وللحق الذهنى ولبعض حقوق الشخصية كالحق فى الاسم،

(١) ولذلك لا تعتبر أشياء أجزاء الجسم الإنسانى وأعضاؤه طالما لم تنفصل عنه . فإذا انفصلت منه وأصبح لها كيان ذاتي مستقل ، أبكى النظر إليها حينئذ بوصفها أشياء ومحلا للحقوق (انظر سابقا ، متن وهابى « ١ » ص ٢١) .

(٢) والنظر الى « المحل التجارى » كمجموع مستقل عن عناصره ، برده الى تخصيص هذه العناصر بفرض مشترك وتجميعها حول تحقيق هذا الفرض . ويؤدى ذلك الى اخضاع « المحل التجارى » كمجموع معنوي لنظام تقوئى مستقل ومختلف من النظام القانونى الذى يخضع له كل عنصر من عناصره على حدة ، والى اعتباره فى مجموعه كذلك محلا لتصرفات قانونية كالبيع والرهن والايجار (انظر فى عناصر المحل التجارى وأحكامه : مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٧٦٢ وما بعدها) .

ومع مراعاة أن محل الحق المعنى هو الشيء المادى ، ومحل الحق ذهنى والحق فى الاسم هو الشيء المعنوى . أما الحقوق التى تقوم على أساس من روابط الاقتضاء ، كحق الدائنية ، فمحلها هو العمل لا الشيء ، حتى ولو كان الغرض من اقتضاء العمل هو الحصول على شيء من الأشياء .

وينبى عدم الخلط بين « الشيء » و « المال » . ذلك أن « المال » يقصد به الدلالة على الحق ذى القيمة المالية^(١)، أى كان نوعه ، وأيا كان محله شيئا أو عملا ، وبذلك يعتبر مالا الحق المعنى والحق ذهنى فى وجهه المالى وحق الدائنية . أما « الشيء » ، فيقصد به الدلالة على ما يصلح محلا مباشرا للحقوق التى تخول التسلط أو موضوعا لمحل الحقوق التى تخول الاقتضاء^(٢) .

٣٥١ — الأشياء المادية ، مقوماتها وتقسيماتها

قلنا أن الشيء المادى هو محل الحق المعنى . ولكن ليست كل الأشياء المادية محلا صالحا للحق المعنى ، بل ينبى — لصلاحيها لذلك — أن تكون غير خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون (م ١/٨١ مدنى) . وهى تكون غير خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها إذا كانت قابلة للحياة والاحراز على سبيل الاستثناء والافتراء (م ٢/٨١ مدنى) . أما الأشياء التى لا تقبل الاستثناء بحيازتها — كالمياه فى البحار ، وأشعة الشمس وضوء القمر فى الكون ، والهواء فى الجو — فتعتبر ، رغم ماديتها ، خارجة عن التعامل بطبيعتها ولا تصلح محلا للحق المعنى . غير أن هذه الأشياء إذا انفصلت أجزاء منها عن أصلها ومحل وجودها وأمكن بذلك احرازها وحيازتها ، تصبح قابلة لأن تكون محلا للحق المعنى ، مثل كمية من الهواء تضغط فى وعاء أو كمية من ماء البحر تحجز فى أناء .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ١ ، ص ٤٥٧ .

(٢) وقد بصر المشرع المصرى بهذا التمييز الأساسى بين الشيء والمال ، فأورد فى الفصل الثالث من الباب التمهيدى للتقنين المدنى الحالى تقسيمات للأشياء وأخرى للأموال ، ونص — فى مجال المقابلة بين الأشياء والأموال — على اعتبار الأولى محلا للفقنية (م ١/٨١) .

وقد تكون الاشياء المادية قابلة بحسب طبيعتها للحيازة والاحراز على سبيل الاستثناء والافتراء ، ومع ذلك لا تصلح محلا للحق العيني، اذا اعتبرها القانون حكما غير قابلة للاحراز بتحريمه حيازتها والتعامل فيها (١) كالمخدرات بأنواعها (٢) .

وتقسم الاشياء المادية تقسيمات عدة ، في طبيعتها من حيث الاهمية التقسيم الرئيسى الى عقارات ومنقولات ، والى جواره يوجد تقسيمان آخران للاشياء الى قابلة وغير قابلة للاستهلاك والى مثلية وقيمة . فنبحث فيما يلى بايجاز (٣) كل تقسيم منها فى مبحث على حدة .

المبحث الاول العقارات والمنقولات

٣٥٢ — أساس التقسيم ، واهميته :

تقسم الأشياء من حيث ثباتها أو عدم ثباتها الى عقارات ومنقولات . وقد عنى القانون المصرى بالنص على هذا التقسيم بقوله « كل شئ مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول » (م ١/٨٢ مدنى) . وهذا التقسيم على هذا النحو تقسيم

(١) انظر فيما يذهب اليه بعض الفقهاء من اعتبار الاشياء او الاموال العامة خارجة عن التعامل بحكم القانون ، وفى مناقشة ذلك ورفضه : كتابنا الحقوق العينية الاصولية ج ١ ، احكام حق الملكية ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ ، ص ٥٨ و ٥٩ .

(٢) ولا يغير من ذلك اجازة التعامل استثناء فى هذه الاشياء ، كاجازة بيع المخدرات لافراض طبية (المذكرة الاضاحية للمشروع التمهيدى للتفتين المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٦٠) .

(٣) اما تفصيل هذه التقسيمات بمجاله عند دراسة الحقوق العينية ، اذ هى تقسيمات للاشياء المادية باعتبارها محلا للحق العينى . وهذا ما جرينا عليه عند دراسة الحقوق العينية الاصولية ، اذ عرضنا بالتفصيل لهذه التقسيمات (راجع فى ذلك : كتابنا فى احكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرات ٢٣ — ٤٠ ، ص ٦٨ — ١٢١ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٨ ، فقرات ٢ — ٤٢ ، ص ١٠ — ٩٠) .

طبيعى يصدر عن اختلاف الطبيعة المادية للأشياء (١) وثبات البعض منها واستقراره فى مكانه وتحرك البعض الآخر أو قابليته للحركة ، مما يسوغ اختلاف القواعد والنظم التى تحكم النوعين من الأشياء . ولذلك فإن لهذا التقسيم أهمية كبيرة نعرض لبعض أوجهها البارزة فيما يلى :

١ — كان من الحتم ، أمام ثبات العقارات واستقرارها ، ضرورة إخضاع التصرفات القانونية التى من شأنها إنشاء أو نقل أو زوال حقوق عينية عليها أو الاحتجاج بها على الغير لأجراءات شهر معينة ، بحيث لا يتم شئ من ذلك إلا باتمام هذه الإجراءات (٢) . أما مثل هذه التصرفات الواردة على منقولات، فمن العسير تصور إخضاعها لنظم شهر مماثلة أمام طبيعة المنقولات المتحركة غير المستقرة وسرعة تداولها بين الأيدى. وعلى ذلك ، فبينما تنتقل الملكية فى المنقولات المعينة بالذات بمجرد التعاقد ، لا تنتقل الملكية فى العقارات إلا بالتسجيل .

٢ — ما دامت لا توجد إجراءات معينة تجعل تقرير الحقوق العينية على المنقولات أمرا مشهرا معلوما للكافة كما هى الحال فى العقارات ، ونظرا لسرعة تداول المنقولات فى الأيدى سرعة فائقة ، لم يكن بد من اعتبار الحيازة فى المنقول سندا للحائز فيما يدعيه من حق عليه وقرينة على توافر السبب الصحيح لحيازته . بينما الامر يختلف عن ذلك فى العقارات نظرا لإمكان التثبت من الحقوق العينية المقررة عليها بالكشف عن ذلك فى دفاتر التسجيل أو القيد ، ولذلك لا يكون لحيازة العقار من الأثر القانونى ما لحيازة المنقول ، بل يقع على الحائز دائما عبء اثبات السبب الصحيح لهذه الحيازة

(١) انظر فى ذلك وفى رفض الأساس الاقتصادى للتقسيم الذى ينظر الى العقارات باعتبارها الأشياء ذات القبة والمنقولات هى الأشياء الحرة أو النافذة القبة : كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ٢٣ ، ص ٦٩ و ٧٠ .

(٢) هذه الإجراءات هى التسجيل اذا تعلق الامر بحقوق عينية أصلية ، والقيد فى شئ الحقوق العينية التبعية (م ٩ و ١٢ من قانون الشهر العقارى) .

حتى يثبت حقه بمدة التقادم القصيرة وهي خمس سنين ، والا لم يثبت له هذا الحق الا بالمدة الطويلة وهي خمس عشرة سنة .

٣ — اذا كان الحق العيني يخول صاحبه سلطة او حق تتبع الشيء في اى يد يوجد ، الا ان ذلك ليس بالبدا المطلق ، اذ يختلف الامر في شأنه باختلاف طبيعة هذا الشيء وهل هو عقار او منقول . غالبدا مطلق فيما يتعلق بالعقار . ولكنه معطل كتاعدة عامة في المنقول حيث تعتبر الحيابة فيه سندا للحائز يتمكن بمقتضاه من دفع كل تعرض له من قبل الغير .

وامتناع تتبع المنقولات دون العقارات يسمح بترتيب حقوق عينية تبعية على العقارات يستغنى فيها عن حيازتها اكتفاء بامكان تتبعها ، كما هو الشأن في الرهن الرسمى وحق الاختصاص . بينما يحتاج الامر عادة في ترتيب حقوق عينية تبعية على المنقولات الى حيازة أصحاب هذه الحقوق لها خوفا من سهولة تهريبها واستحالة تتبعها من بعد تحت يد الحائز ، وهو مايتضح في صورة الرهن الحيازي .

٤ — ما دام العقار ثابتا ومستقرا في مكان معين ، فيكون طبيعيا أن يتحدد الاختصاص المحلى في الدعاوى العينية العقارية خاصة على أساس هذا المكان فتكون المحكمة المختصة في شأنها أصلا هي المحكمة الواقع في دائرتها العقار (م ١/٥٠ مرافعات جديد) . بينما المنقول يكون من العسير تحديد محله نظرا لحركته وكثرة تداوله بين الايدي ، مما يستعصى معه اناطة الاختصاص المحلى في الدعاوى المنقولة بهذا المحل ، ولذلك يجعل الاختصاص في شأنها للمحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه (م ٤٩ مرافعات جديد) .

٥ — لا تكون الشفعة الا في العقارات وحدها دون المنقولات (م ٩٣٥ مدنى) .

٦ — يفرق قانون المرافعات بين اجراءات الحجز على المنقول واجراءات التنفيذ على العقار ، فيجعل الاولى أكثر سرعة واقل تعقيدا من الثانية .

٧ — يقيد القانون أهلية الجمعيات في اكتساب الحقوق الواقعة على عقارات بالقدر الضروري لتحقيق الغرض الذي أنشئت هذه الجمعيات من أجله ، ولا يورد عليها مثل هذا القيد في الحقوق الواقعة على منقولات .
والأثران الآخران ليسا إلا بعض بقايا النظرة القديمة المنتقدة إلى العقارات باعتبارها أرفع قيمة من المنقولات .

المطلب الأول

العقارات

Les Immeubles

٣٥٣ الأصل والاستثناء

يقصد بالعقارات الأشياء ذات الأصل الثابت المتمثلة على النقل منه دون تلف ، فهي إذن أشياء ثابتة أو عقارات بالطبيعة . غير أن المشرع قد اعتبر بعض المنقولات عقارات استثناء من طبيعتها وذلك إذا خصصت لخدمة عقار أو استغلاله ، فتعتبر حينئذ عقارات بالتخصيص لا بالطبيعة .
فنعرض فيما يلي بإيجاز لهذين النوعين من العقارات .

٣٥٤ — العقارات بالطبيعة

تعتبر عقارات بالطبيعة (Immeubles par nature) الأشياء ذات المستقر الثابت الذي لا يمكن نقلها منه دون تلف (م ٨٢/١ مدنى) . وفي مقدمة هذه العقارات الأراضي ، سواء كانت معدة للزراعة أم للبناء . وكذلك ما يكون في جوفها من مناجم ومحاجر . وما يثبت على سطحها من نباتات أو مزروعات أو أشجار تكون جذورها ممتدة فيها ، أما النباتات التي توضع في أوعية فلا تعتبر عقارات ، حتى ولو كانت هذه الأوعية مدفونة أو مفروسة في الأرض . وكذلك يعتبر عقارات بالطبيعة ما يقام على الأرض

او في جوفها من ابنية ثابتة مستقرة (١) ، حتى ولو كانت مملوكة لغير مالك الأرض ، او كانت مؤقتة البقاء (٢) ، ما دام لا يمكن نقلها دون تلف يصيبها ، لما المنبأى التي لا تكون مثبتة في الأرض ، بل يمكن رفعها ونقلها دون تلف فهي منقولات ، كخيام البدو ومخيمات الجواله والكشافه والاكشاك الخشبية غير المثبتة في الأرض .

وما دامت الصفة العقارية للأشياء مناطها ثبات الاشياء واستقرارها في الأرض ، فيقتضى ذلك فقدانها هذه الصفة واعتبارها من المنقولات اذا فصلت عن الأرض وأصبح لها كيان مستقل غير ثابت ، كاتقاض البناء المهدوم والمعادن المستخرجة من الأرض ، والاحجار المقطعة منها والنباتات والمزروعات المجنية .

٣٥٥ — العقارات بالتخصيص (٣)

(١) أساس فكرة العقار بالتخصيص : اذ كانت القاعدة ان العقار هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف ، الا ان ثم استثناء هاما يورده المشرع على هذه القاعدة ، مؤداه مخالفة طبيعة الاشياء واعطاء صفة العقار لبعض المنقولات نظرا لكونها مرصودة على خدمة عقار او استغلاله ومخصصة لذلك ، فتعتبر — رغم طبيعتها المنقولة — عقارات بحكم القانون او بالتخصيص . وقد نصت على ذلك المادة ٢/٨٢ من التقنين المدني بقولها « ومع ذلك ، يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار او استغلاله » .

(١) تعتبر الابنية من العقارات بطبيعتها في مجموعها أى هي وكل اجزاها اللازمة والتمية لها كالبواب بالفعالها والمصاعد والتوانف (في هذا المعنى : كتابنا في احكام حق الملكية ص ٧٦)

(٢) نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (المدنية) ، ج ٥ ، رقم ٣٦ ، ص ٩٢ .

(٣) راجع في ذلك خاصة : Plantol, — Gulphe, L'immobilisation par destination, thèse Paris, 1943. — Ripert et Picard, t. III, Nos. 75-88. — Beudant et Voirin, t. IV, Nos. 110 124.

كتابنا احكام حق الملكية ، نغرات ٢٧ — ٢٠ ، ص ٧٧ — ١٠١ .

وواضح أن فكرة العقار بالتخصيص (Immeuble par destination) هي مجرد افتراض أو حيلة قانونية (١) يقيمها المشرع للتوصل الى ترتيب احكام العقار على ما يتبعه من منقولات مرصودة على خدمته أو استغلاله كماله لاستمرار هذه الخدمة وذلك الاستغلال ، ومنعا لما قد يجره الإبقاء على طبيعتها المنقولة وخضوعها بالتالى لنظم مخالفة للنظم التى يخضع لها العقار الذى تتبعه من اماكن فصلها عنه وتعطيل ما ترصد عليه من خدمته أو استغلاله .

(٢) **ثبوت صفة العقار بالتخصيص :** يشترط اثبوت صفة العقار بالتخصيص أن يتحقق أولا تخصيص بعض المنقولات لخدمة عقار أو استغلاله ، وإن تكون هذه المنقولات ثانيا مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه (م ٢/٨٢ مئى) . فنعرض فيما يلى لكل من هذين الشرطين :

١ — تخصيص منقولات بطبيعتها لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته :

ينبغى لاعتبار المنقولات عقارات بالتخصيص أن تكون منقولات بطبيعتها وترصد على خدمة عقار بطبيعته أو استغلاله . وليس بشرط أن يكون تخصيص المنقولات لخدمة أو استغلال العقار تفصيلا مؤبدا أو دائما (٢) ، بل يكفى أن يكون ملحوظا فيه صفة الثبات والاستمرار . ويشترط فى التخصيص أن يكون عينيا لا شخصيا ، أى لخدمة أو استغلال عقار لا لخدمة مالكه (٣) ، فالدابة المعدة لركوب صاحب الأرض لا تعتبر

(١) انظر فى ذلك وفى مناقشة محاولة تسمية « العقار بالتخصيص » على فكرة التسمية : كتابنا احكام حق الملكية ، فترة ٢٧ ، ص ٧٨ — ٨٠ .

(٢) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 84. — Gulphe, thèse précitée, No. 70.

كتابنا احكام حق الملكية ، ص ٨٢ .

(٣) Planiol, Ripert et Picard, ibid. — Boudant et Voirin, t. IV, No. 115. — Gulphe, thèse précitée, No. 72.

عقارا بالتخصيص ، بخلاف الماثية المخصصة لاستغلال الارض نفسها . ولا يشترط في التخصيص أن يكون بالقدر الضروري لخدمة العقار أو استغلاله (١) ، فيكفي مجرد نفعه وفائدته .

ويستوى بعد ذلك ان يكون التخصيص لخدمة عقار أو استغلاله . ومن قبيل التخصيص للخدمة ما يوضع في دور العبادة لخدمتها من سجاد ومقاعد وتماتيل وخشب مقدسة . ومن امثلة التخصيص للاستغلال : ما يرصد على استغلال الارض زارعا من آلات مختلفة ، واسمدة ، وبذور ، وحيوانات أو ماثية ، وأوعية أو صناديق أو أكياس تعبأ فيها المحاصيل الزراعية ما دامت لا تباع مع هذه المحاصيل بل تبقى في الارض . وما يرصد على استغلال المصانع من آلات وأدوات التصنيع المنقولة ومن عربات وسيارات مخصصة لنقل المواد الأولية أو المواد المصنوعة ، وما يوضع في الفنادق من اثاث ومفروشات طالما ان الابنية العقارية معدة اعدادا خاصا لاستغلالها كمصانع أو فنادق .

٢ — وحدة مالك العقار والمنقولات وصدر تخصيصها منه :

إذا تحقق تخصيص منقولات لخدمة عقار أو استغلاله ، فلا يكتفى ذلك لاثبات صفة العقار بالتخصيص لهذه المنقولات ، بل يجب الى جوار ذلك أن تكون هذه المنقولات مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه . وهذا الاشتراط طبيعي ، لأن مشكلة الحاق بعض المنقولات بالعقار وربط مصيرها بمصيره واخضاعها لنفس نظامه وقواعده ، لا تثور الا حيث توجد وحدة أو مجموعة متماسكة يراد المحافظة على كيانها من التفكك والتفتت ، وهو ما يفترض وقوع عناصر هذه المجموعة — اى العقار والمنقولات المرصودة على خدمته أو استغلاله — في

(١) في هذا المعنى :

المذكرة الابشاحية للمشروع التمهيدي للتشريع المدني المصري الحالي ، مجموعة الاممال التحضيرية ، ج ١ ، ص ١٦٧ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٢ و ٨٤ .
وقلار : Planol, Ripert et Picard, ibid. — Gulphe, No. 75.

ملك شخص واحد (١) ، حتى لا يتأتى فصل هذه العناصر بعضها عن بعض رغم ارادة المالك ، اذ لو كان مالك المنقولات غير مالك العقار لكان هذا الفصل متوقعا وطبيعيا . وعلى ذلك ، فلا تعتبر عقارات بالتخصيص المنقولات المملوكة لمستأجر عقار أو صاحب حق انتفاع عليه رغم رصدها من جانبها على خدمته أو استغلاله ، ولا المنقولات التي يستأجرها أو يستعيرها مالك عقار ويرصدها على خدمته أو استغلاله ، أو حتى يشتريها ولكن بعقد معلق نقل الملكية على الوفاء بكامل الثمن اذا قام برصدها على هذه الخدمة أو الاستغلال من قبل تمام الوفاء .

واذا كان مشروطا وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته أو استغلاله ، فليس مقتضى ذلك استلزام أن يكون مالك المنقولات مالكا للعقار ملكية مفرزة خالصة له وحده ، بل يعتبر شرط وحدة المالك متحققا وصفة العقار بالتخصيص ثابتة للمنقولات المملوكة مفرزة لاحد الشركاء المتشاعين في ملكية عقار اذا قام برصدها على خدمة أو استغلال هذا العقار الشائع (٢) .

ولا يكفي وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته أو استغلاله ، بل ينبغي أن يصدر التخصيص من نفس المالك أو من نائبه الذي يعمل لحسابه . ولذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص الادوات الزراعية أو الماشية المخصصة لاستغلال الارض ، حتى ولو كانت مملوكة لصاحب الارض ،

(١) في هذا المعنى :

Plantol, Ripert et Picard, t. III, No. 80. — Beudant et Voiron, t. IV, No. 114. — Gulphe, thèse précitée, No. 62, p. 144.

كتابنا احكام حق الملكية ، ص ٨٩ و ٩٠ .

(٢) في هذا المعنى :

Plantol, Ripert et Picard, ibid. — كتابنا احكام حق الملكية ، ص ٩١ .
وانظر مع ذلك حكما عكسيا لحكمة النقض في ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ ، مجموعة المكتب
الفني لاحكام النقض (المدنية) ، ص ٦ ، رقم ٨٤ ، ص ٦٣٩ . ولكن انظر في انتقاده :
اسماعيل غاتم ، الحقوق المدنية الاصلية ، ج ١ ، حق الملكية ، ١٩٥٨ ، هاش « ١ » ص ١٧٠ .
كتابنا احكام حق الملكية ، هاش « ١ » ص ٩١ — ٩٢ .

إذا كان الحاقها بالأرض وتخصيصها لاستغلالها آتيا من غير المالك ، كما لو قام بذلك المستأجر أو المنتفع أو الدائن المرتهن رهن حيازة ، إلا إذا كان نائبا في ذلك عن المالك .

(٢) **حكم العقار بالتخصيص** : إذا توافر الشرطان السابقان : شرط التخصيص وشرط وحدة المالك ، فإن المنقول المرصود على خدمة أو استغلال عقار يعامل معاملة العقار ، فيسوى بذلك في الحكم بالعقار الذي رصد على خدمته أو استغلاله ، وهو ما يحقق به الوحدة اللازمة بينهما في المصير والحكم استجابة لما يقوم بينهما من وحدة واقعية مردها الى التخصيص (١) .

وعلى هذا النحو لا يجوز الحجز على العقارات بالتخصيص حجز المنقول ، ولا التنفيذ عليها منفصلة عن العقار المرصودة على خدمته أو استغلاله . ويشمل بيع العقار ورهنه والوصية به — دون حاجة الى نص أو شرط خاص — ما يلحقه من عقارات بالتخصيص مرصودة على خدمته أو استغلاله ، إلا أن ينص على خلاف ذلك .

المطلب الثاني

المنقولات

Les Meubles

٣٥٦ — الأصل والاستثناءات

إذا كان المشرع يكتفى بتعريف العقار ، ممسا يترك تعريف المنقول يستنبط من طريق الاستبعاد ، فمعنى ذلك أن كل شيء لا تتوافر له صفة

(١) ولكن إذا كثرت المنقولات المرصودة على خدمة عقار أو استغلاله تلخف حكم هذا العقار وتنبه في مصيره ، إلا أن ذلك لا ينفي أن هذه المنقولات تظل محتقة بذاتيتها وفرديتها ، بما يبرر في أحوال خاصة الخروج على مبدأ المام التامى بمعاملتها معاملة العقارات من كل الوجوه وفي مواجهة الجميع . ولذلك لا ينفذ بائع المنقولات الذي لم يستوف كبل الثمن حقه عليها كمنقولات رغم قيام المشتري برصدها على خدمة أو استغلال عقاره وأعطائها بذلك وصف العقار بالتخصيص (انظر كتابنا أحكام حق الملكية ،قرة ٢٩ ، ص ٩٤ و ٩٥) .

العقار — أى صفة الاستقرار والثبات فى حيزه — يعتبر منقولاً بالطبيعة .
غير أن ثم استثناءات ترد على هذا الأصل ، اذ تعتبر بعض الاشياء
— خلافاً لطبيعتها — منقولات بحكم القانون ، هى المنقولات بالمسأل
والمنقولات المعنوية .

٣٥٧ — المنقولات بالطبيعة

يقصد بالمنقولات بالطبيعة (Meubles par nature) الاشياء المادية
غير الثابتة ، القابلة للنقل من مكان الى آخر دون تلف (١) . ومن أمثلتها
الحيوانات ، والسيارات ، والسفن والطائرات (٢) ، واثاث المنازل ،
والكتب ، والبضائع ، والمأكولات ، والمشروبات . وقد ثار الشك حول اعتبار
بعض الاشياء منقولات بالطبيعة كالغاز والكهرباء . ولكن الرأى أصبح
مستقراً الان على اعتبارها منقولات بالطبيعة ، اذ هى اشياء مادية تدركها
الحواس رغم أنه قد تحتويها انابيب ثابتة لها صفة العقار . وتطبيقاً لذلك
يعتبر اختلاسها من قبيل السرقة التى لا تقع الا على المنقولات .

٣٥٨ — المنقولات بالمسأل (٣)

يقصد بالمنقولات بالمسأل (Meubles par anticipation) اشياء هى
بحسب طبيعتها من العقارات ، ولكنها تأخذ حكماً وافترضاً وصف
المنقولات باعتبار أنها ستصبح كذلك فى القريب (٤) . ومثل هذا الافتراض

(١) ليس الانتقال الملقى شرطاً لاعتبارها من المنقولات ، وأما يكى مجرد قابليتها للحركة
والنقل من مكانها دون تلف ولو لم تنقل منه بأن كانت معدة للبقاء فى مكان معين ، كالعقارات
الراسية على ضفاف الأنهار .

(٢) اذا كانت السفن والطائرات تخضع لنظام خاص يتميز من النظام الذى تخضع له
المنقولات بصفة علة لخصومها لنظام شهر معين وامكان تتبعها مما يكاد يقربها من العقارات
من هذه الوجوه ، الا أن ذلك لا يغير فى شيء من طبيعتها المنقولة .

(٣) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Fréjaville, Des meubles par anticipations, thèse Paris, 1927. — Beu-
dant et Voirin, t. VI, Nos. 108 - 109. — Planiol, Ripert et Picard, t. III,
Nos. 102 - 106.

كتابتها لحكام حق الملكية ، فقرات ٣٣ - ٣٥ ، ص ١٠٣ - ١١٥ .

(٤) ينبغى اجتناب الخلط بين المنقولات بالمسأل وبين الاشياء المستقبلية . فالمنقولات بالمسأل
ليست اشياء مستقبلية وانما هى اشياء موجودة متحققة ، ولكن طبيعتها القانونية وحدها هى
المتأثرة بحسب ما ستؤول اليه هذه الاشياء فى المستقبل .

(م ٤٣ — المدخل الى القانون)

القانونى انما تبرره الفاية منه . ذلك ان بعض العقارات بطبيعتها تكون
معدة — اما بحسب طبيعتها واما بإرادة الأفراد — لى تصير منقولات
بالطبيعة فى القريب ، فيكون من النافع استباق هذا المآل القريب دون
انتظار حلوله واخضاعها لحكم المنقول لا لحكم العقار ، تيسيرا فى الاجراءات
وتخفيفا من القيود فيما قد يرد عليها من تصرفات او حوز .

ومن امثلة هذه المنقولات بالمآل : الاشجار المعدة للقطع ، والمباني المعدة
للهدم ، والمحصولات الزراعية المعدة للجنى ، والمعادن او الاحجار المعدة
للاستخراج او الاقتطاع من المناجم او المحاجر .

(١) **ثبوت صفة المنقول بالمآل** : لم يضع المشرع قاعدة عامة فى شأن
اعتبار بعض العقارات والمنقولات بالمآل ، ولكنه فى نصوص خاصة قليلة
عامل بعض العقارات المعدة للانفصال عن أصل ثباتها واستقرارها معاملة
المنقول ، لا باعتبار طبيعتها الحالية وانما باعتبار مآلها المستقبل . ومن قبيل
ذلك ما ينص عليه المشرع المصرى من اتباع اجراءات حجز المنقول ،
بالنسبة للثمار المتصلة والزرروعات القائمة ، ولكن مع عدم جواز هذا الحجز
الا خلال مدة محددة قبل موعد نضجها (م ٣٥٤ مرافعات جديد) . ومن
هذا القبيل كذلك ، ان التقنين الدنى يضع بين حقوق الامتياز الخاصة
الواقعة على منقول : امتياز المبالغ المنصرفة فى البذر وغيره من مواد
التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة فى اعمال الزراعة
والحصاد على المحصول الذى صرفت فى انتاجه (م ١/١١٤٢) ، وامتياز
مؤجر الاراضى الزراعية بأجرتها على ما يكون موجودا فيها من محصول
زراعى (م ١/١١٤٤) رغم ان المحصول قبل حصده يعتبر عقارا
بالطبيعة .

ولم يلبث الفقه والقضاء ان استخلاصا من مثل هذه النصوص الخاصة
نظرية عامة فى هذا الشأن بمقتضاها تعتبر بعض العقارات منقولات بالمآل،
اذا كانت ارادة المتعاقدين تنظر اليها باعتبار ما ستؤول اليه فى القريب من

فصل مؤكد عن أصل ثباتها يصيرها منقولات بالطبيعة (١) . اذ ما دام المال المنقول لهذه العقارات هو محل اعتبار المتعاقدين عليها ، فلا حرج من استباق المستقبل ومعاملتها منذ التعاقد على هذا الاساس ويحسب هذا المال . ولذلك يشترط ثبوت صفة المنقول بالمال ، شرطان جوهريان :

١ — يجب أن تصرف ارادة المتعاقدين انصرافا حقيقيا جديا الى اعداد العقارات المتعاقد عليها لتصبح منقولات بالطبيعة ، وذلك بالاتجاه الى فصلها عن أصل ثباتها واستقرارها ، بحيث لا يتصور في ذهن المتعاقدين تمام تنفيذ العقد الا بضرورة هذه الاشياء منقولات فعلا .

ولكن لا يكفي لتوافر هذا الشرط مجرد التصرف في هذه الاشياء تصرفا مستقلا عن أصل ثباتها واستقرارها ، فمثل هذا التصرف المستقل لا يعتبر وحده قرينة على انصراف الارادة الى فصل هذه الاشياء وتصييرها منقولات بالطبيعة في القريب ، ولذلك فهو لا يغير من الطبيعة القانونية لهذه الاشياء بلكسابها وصف المنقول بالمال الا اذا كانت ارادة المتعاقدين منصرفة حقيقة الى اعدادها لانفصال حقيقى قريب . وعلى ذلك ، فبيع بناء دون الارض المقام عليها يعتبر بيع عقار لا بيع منقول اذا لم تكن ارادة المتعاقدين منصرفة الى بيعه على أساس الهدم ، بينما يعتبر بيع منقول اذا وجد التزام على عاتق المشتري بهدمه (٢) .

٢ — يجب أن يكون المصير المحقق — في نظر المتعاقدين — للعقارات المتعاقد عليها هو التحول في القريب الى منقولات بالطبيعة . فلا يكفي اذن وجود مجرد احتمال بشأن انفصال هذه العقارات في القريب عن أصل

(١) انظر في ذلك خاصة :

Fréjaville, thèse précitée, pp. 59, 60. — Beudant et Voïrin, t. IV, No. 108.

اسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٨ ، ص ٩٤ و ٩٥ — كتابنا احكام حق الملكية ، فقرة ٢٤ ، ص ١٠٥ — ١٠٩ .

Fréjaville, thèse précitée, pp. 67-70. (٢)

ثباتها واستقرارها ، اذ لا يتصور ان يفقد محل التعاقد مقدما الصفة العقارية الثابتة له طبقا لطبيعته اذا لم يكن من المحقق والمؤكد صيرورته في القريب منقولاً بالطبيعة . وعلى ذلك لا يكتسب العقار التعاقد عليه وصف المنقول بالمآل اذا ترك أمر تحويله الى منقول بالطبيعة الى محض تقدير ورغبة أحد المتعاقدين ، أو اذا لم يحدد موعد قريب في التعاقد لمثل هذا التحويل أو لم يكن مثل الموعد قابلاً للتحديد (١) .

(٢) آثار ثبوت صفة المنقول بالمآل : اذا توافر الشرطان السابقان فان صفة المنقول بالمآل تثبت للعقار محل التعاقد منذ اتمام العقد . فيخضع هذا العقار منذ ذلك الوقت لما يخضع له المنقول من قواعد واحكام ، فلا يكون من اللازم التسجيل لنقل ما قد يرتبه من حق عيني على المنقول بالمآل (٢) ، ويكون للدائنين اتخاذ اجراءات حجز المنقول لا اجراءات التنفيذ على العقار لاستيفاء حقوقهم من قيمته ، ويتحدد الاختصاص المحلى بنظر المنازعات الناشئة عن هذا التعاقد بحكمة موطن المدعى عليه .

٣٥٩ — المنقولات المعنوية

الاصل ان الاشياء المعنوية لا يمكن اعتبارها من العقارات ولا من المنقولات ، لان التقسيم الى عقارات ومنقولات — وهو مبنى على اساس الثبات أو القابلية للحركة — لا يتصور الا في شأن الاشياء المادية وحدها . ومع ذلك فخرجوا على هذا الاصل ، تعتبر الاشياء المعنوية من المنقولات حكما وتخضع لاحكام المنقول . ويقال عادة في تبرير ذلك ان المشرع يعتبر منقولاً كل ما ليس بعقار ، وهذه الاشياء المعنوية ليست قطعا من العقارات .

(١) انظر في ذلك كتابنا احكام حق الملكية ، ص ١٠٨ و ١٠٩ .

(٢) فينتقل الحق العيني نور التعاقد اذا كان محله معيناً بالذات (م ٢٠٤ مئني) لها اذا كان هذا المحل معيناً بنوعه ، فينتقل الحق العيني بقراره (م ١/٢٠٥ مئني) .

المبحث الثاني

الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك (١)

٣٦٠ — أساس التقسيم وأهميته

الأشياء القابلة للاستهلاك (choses ou biens consommables)
هي تلك التي لا يتصور استعمالها إلا عن طريق استهلاكها، بمعنى أنها تستهلك بمجرد استعمال واحد دون أن تحتل ورود استعمال متكرر عليها ، ولذلك يعرفها المشرع المصري بأنها « .. هي التي ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له في انفاقتها أو استهلاكها » (م ١/٨٤ مدني) . ويستوى في هذا الشأن أن يكون استهلاك هذه الأشياء ماديا بالقضاء على مادتها كأكل الطعام ، أو بتغيير صورتها كتحويل المنسوجات إلى ملابس ، أو أن يكون هذا الاستهلاك قانونيا بالتصرف كاتفاق النقود وبيع السلع .

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك (choses ou biens non consommables)
، فهي تلك التي تقبل الاستعمال المتكرر دون أن تستهلك بمجرد استعمال واحد لها ، ولو ترقب على تكرار استعمالها أو طسوله هلاكها أو ضياعها أو بخس قيمتها أو نقص متانتها ، كالأرض والمنازل والسيارات والمفروشات والآلات .

والأصل أن طبيعة الشيء هي التي تحدد قابليته أو عدم قابليته للاستهلاك . غير أن الإرادة لها من السلطان ما تملك به مثل هذا التحديد كذلك ، إذا خصصت استعمال الشيء تخصيصا يخرجها عما تقضى به طبيعته ، فيصبح حينئذ قابلا أو غير قابل للاستهلاك بالتخصيص (٢) لا بالطبيعة . فالنقود ،

(١) راجع في ذلك خاصة :

Humbert, Essai sur la fongibilité et la consommptibilité des meubles, thèse Paris, 1940. — Jaubert, La consommptibilité et la fongibilité, Revue trimestrielle de droit civil, 43e. année, 1945, pp. 75 - 101.

كأما أحكام حق الملكية ، فترات ٣٦ و ٣٧ ، ص ١١٦ — ١١٨ .
Jaubert, article précité, pp. 78, 79, 96-100 (٢)

وهى قابلة بحسب طبيعتها للاستهلاك قانونيا بمجرد استعمالها أى باتفاقها، تصبح غير قابلة للاستهلاك اذا أعيرت على أساس مجرد عرضها ثم ردها بعد ذلك . بل وكل شيء يكون بحسب طبيعته غير قابل للاستهلاك يصبح قابلا له بالتخصيص اذا اعد للبيع (م ٢/٨٤ مدنى) ، اذ يخصص حينئذ لنوع من الاستهلاك هو الاستهلاك القانونى .

وتبدو أهمية التفرقة بين الاشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك فى ان بعض الحقوق التى تخول استعمال الشيء ، كحق الانتفاع وحق الاستعمال، لا يتصور ورودها الا على الاشياء غير القابلة للاستهلاك وحدها ، لان المنتفع او المستعمل يلتزم عند انتهاء حقه برد الشيء بعينه الى مالكه واستعماله له يستهلكه . وكذلك الشأن فى الإيجار والعارية ، فهى عقود لا ترد الا على اشياء غير قابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال .

المبحث الثالث

الاشياء المثلية والقيمة (١)

٣٦١ — أساس التقسيم وأهميته

الاشياء المثلية (*choses ou biens fongibles*) هى التى لها نظائر متماثلة فى الاسواق ، فلا تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به ، ولذلك فيقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء . وهذه الاشياء هى التى جرى العرف على التعامل بمبها بالعدد او المقاس او الكيل او الوزن (م ٨٥ مدنى) ، كالنقود ، والكتب من طبعة واحدة ، والقمائم من نوع ولون واحد ، والحبوب من نفس الصنف والجودة ، والقطن من نفس الصنف والرتبة .

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

De La Grasserie, De la fongibilité juridique, Revue générale du droit, 1911. — Humbert, thèse précitée. — Jaubert, article précitée.

كنا أكام حق الملكية ، فقرات ٣٨ — ٤٠ ، ص ١١٨ — ١٢١ .

أما الأشياء القيمية (choses ou biens non fongibles) ، فهي تلك التي تتفاوت أحادها فتفاوتنا يعتمد به بحيث لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء كالارض والمنازل والحيوانات .

واذا كان الاصل في تعيين الصفة المثلية أو القيمية للأشياء هو طبيعتها من حيث تماثل أو تفاوت أحادها ، إلا ان ارادة الأفراد قد تسبغ على شيء مثلى بطبيعته الصفة القيمية أو على شيء قيمى بطبيعته صفة المثلية (١) ، فيقال ان الشيء يصبح قيميا أو مثليا بالتخصيص (٢) . ومثال الحالة الاولى اعارة كتاب بقصد الاطلاع عليه ورده بذاته ، ومثال الحالة الثانية ما تقوم به بعض الشركات التي تستهدف بيع اراض زراعية تستصلحها أو اراض للبناء تعدها وتمهدا من تقسيمها الى قطع متساوية متماثلة .

وتبدو أهمية تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمية (٣) في كون المقاصة القانونية لا تقع الا بين دينين موضوع كل منهما أشياء متماثلة (م ١/٣٦٢ محن) . وفي كون هلاك الأشياء القيمية ينقضى به الالتزام لان تنفيذه يصبح بهذا الهلاك مستحيلا ، أما هلاك الأشياء المثلية فلا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بل يظل الالتزام قائما في شأنها ، لان لها نظائر في الاسواق فيقوم بعضها مقام بعض في الوفاء ، ولذلك يقال ان الأشياء المثلية لا تهلك . وفي كون الملكية أو اى حق عيني آخر لا ينتقل أو يتقرر على الأشياء المثلثة الا بافرازها لانها تكون بوصفها هذا غير معينة بالذات ، بينما يتقرر فور التعاقد على الأشياء القيمية المنقولة باعتبارها معينة بالذات .

(١) نقض ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٣ ، مجوعة عمر (الدنية) ، ج ١ ، رقم ١٤٦ ، ص ٢٦٦

(٢) Jaubert, article précitée, pp. 78, 79, 96 - 100

(٣) السيد في الفقه ان تقسيم الأشياء الى مثلية وقيمية يقوم على أساسه التفرق بين الأشياء المعينة بنوعها والأشياء المعينة بذاتها. غير أن ثم اتجاه حديثا في الفقه (Jaubert, article précitée, p. 86) يشكك في وجود تطابق كامل بين التقسيمين (انظر في مناقشة هذا الاتجاه : كتابنا احكام حق الملكية ، فقرة ٣٩ ، ص ١٢٠ و ١٢١) .

الفصل الثاني

الاعمال

٣٦٢ — العمل وشروطه بوصفه محلا للحق

قلنا أن محل الحق يكون شيئا أو عملا . وقد تكلمنا في الأشياء باعتبارها محلا للحقوق القائمة على أساس من رابطة التسلط كالحق العيني والحق الذهني والحق في الاسم . بقى أن نتكلم في الأعمال باعتبارها محلا للحقوق القائمة على أساس من رابطة الاقتضاء ، وأظهرها الحق الشخصي أو حق الدائنيه (١) الذي يخول صاحبه أى الدائن قدرة اقتضاء عمل معين من المدين . ويستوى في العمل — بوصفه محلا لهذا النوع من الحقوق — أن يكون ايجابيا أو سلبيا ، ولكن يجب أن تتوافر فيه شروط رئيسية ثلاثة هى :
الامكان والتميين والمشروعية .

(١) شرط الامكان : يجب أن يكون العمل ممكنا ، بمعنى أن يكون غير مستحيل في ذاته (م ١٣٢ مدنى) ولو كان مستحيلا بالنسبة الى بعض الأشخاص ، فالاستحالة التى تمنع من امكان العمل اذن هى الاستحالة المطلقة لا النسبية . ومن أمثلة العمل غير الممكن التعهد برفع استئناف عن حكم قضائى اذا كان ميعاد الاستئناف قد فات قبل التعهد ، أو بنقل ملكية عين تكون قد هلكت قبل التعهد ، اذ رفع الاستئناف ونقل الملكية في هذه الظروف عملا مستحيلان في ذاتهما استحالة مطلقة في حق الكافة . أما اذا كانت الاستحالة نسبية ، كمن يتعهد برفع ائثال من الحديد لا يقدر على

(١) ولذلك فتفصيل الكلام في العمل وشروطه مجاله نظرية الالتزام ، راجع في هذا التفصيل بخاصة :

، عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٢١٣ — ٢٤١ . — أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، الطبعة الاولى ، ١٩٥٥ ، فقرات ١٦٦ — ١٩٣ .

رفعها وان كان غيره يقدر على ذلك ، فيعتبر معها العمل ممكنا لانه غير مستحيل في ذاته ويكون للدائن الحق في اقتضاء الوفاء به ، فاذا استحال على المدين شخصا القيام به يكون مسئولا امام الدائن عن تخلفه عن الوفاء .

ويعتبر العمل ممكنا اذا كان مضمونه اعطاء شيء ، حتى ولو لم يكن هذا الشيء موجودا وقت التعهد باعطائه ، ما دام انه ممكن وجوده في المستقبل ، ولذلك فكون موضوع المحل شيئا مستقبلا لا ينفي امكانه (١) .

(٢) **شرط التعيين** : يجب أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعين ، حتى يتحدد أو يكون قابلا للتحديد مضمون اقتضائه أو الحق الوارد عليه . فالتعهد باقامة بناء ، يجب فيه تعيين مواصفاته ، أو في الاقل استخلاص ذلك من ظروف التعاقد وملابساته كالغرض من البناء وسعته وما الى ذلك . واذا كان مضمون العمل اعطاء شيء ، فيجب — اذا كان الشيء قيميا — أن تحدد ذاتيته على النحو الذى يميزه عن غيره بأن يعين مثالا موقع الارض المبيعة ومساحتها وحدودها ، وأما اذا كان الشيء مثليا فيجب أن يحدد نوعه ومقداره (٢) ، وان كان ليس من اللازم تحديد درجة جودته (٣) .

(٣) **شرط المشروعية** : يجب ان يكون العمل مشروعاً أى غير مخالف للقواعد القانونية الامرة أو للنظام العام أو الاداب (م ١٣٥ مدنى) . ومن امثلة العمل غير المشروع المبطّل للتعهد به : الالتزام بارتكاب جريمة معينة ، أو بيع كمية من المخدرات ، أو بدفع مبلغ من المال الى امرأة مقابل انشاء أو استمرار علاقات جنسية غير مشروعة معها .

(١) اذا كان الاصل هو جواز أن يكون محل الالتزام عبلا واردا على شيء مستقبل (م ٢/١٣١ مدنى) ، فاستثناء من ذلك يعتبر التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطلا ولو كان يرثاه (م ٢/١٣١ مدنى) ويحظر هبة الاموال المستقبلية (م ٤٩٢ مدنى) .
(٢) ولكن يكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره (م ٢/١٣٢ مدنى) .

(٣) فاذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا متوسط الجودة (م ٢/١٣٢ مدنى) .

الباب الثالث

مصادر الحق (١)

٣٦٣ - الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، وتاصيل التفرقة بينهما

قلنا ان الحق يستند في وجوده الى القانون . غير ان القانون — في ترتيبه واسناده للحق — انها يعتد بوقائع او احداث او اعمال معينة يرتب على تحققها وجود الحق ، وهذه الوقائع او الاحداث او الاعمال هي التي نعنيها بمصادر الحق اي بمصادرة المباشرة التي تولده ، وان بقى القانون من ورائها كلها هو المصدر غير المباشر للحقوق جميعا . وغنى عن البيان ، ان هذه المصادر المباشرة للحقوق لا تقتصر على انشاء الحق وحسب ، بل تمتد كذلك الى نقله او تغييره او انقضائه .

والمصادر المباشرة للحق لا تخرج في الاصل — رغم تعددها وكثرة تنوعها — عن طائفتين أساسيتين : طائفة الوقائع القانونية (faits juridiques) وطائفة التصرفات او الاعمال القانونية (actes juridiques) . ويقصد بالوقائع القانونية كل حدث او عمل مادي يرتب القانون عليه اثرا معينا ، وخاصة انشاء حق او نقله او تغييره او زواله . اما التصرفات او الاعمال

(١) راجع في ذلك بوجه خاص :

Bonnetcase, Supplément, op. cit., t. II, Nos. 248, et s.; t. III, Nos. I et s. — Hébraud, Encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil, Dalloz, t. I, V. acte., pp. 65 - 68.

عبد الرزاق السنهوري ، التصرف القانوني والواقعة القانونية ، دروس لقسم الدكتوراه ١٩٥٣ - ١٩٤ ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٣٢ - ٣٤ ، من ١٢٩ - ١٣٤ ، ج ٢ ، فقرات ١ - ٤ . — وكتبنا « اصول القانون » ، فقرات ٣٩١ - ٣٩٧ ، من ١٠٢٧ - ١٠٧٥ .

القانونية ، فيقصد بها كل ارادة تتجه الى ترتيب مثل هذا الاثر (١) .

ومن امثلة الوقائع القانونية واقعة الموت ، فهي حدث مادي طبيعي يترتب عليه اثر قانوني هو الحق في الارث . والفعل الضار كذلك واقعة قانونية ، فهو فعل مادي اختياري يترتب عليه اثر قانوني هو الحق للمضروب في التعويض . والمثل الرئيسي للتصرف أو العمل القانوني هو العقد ، وهو عمل ارادي من طرفين تولد عنه حقوق للمتعاقدين وعليهما . فعقد البيع مثلا يولد للبائع حقا في اقتضاء الثمن وللمشتري حقا في اقتضاء تسليم المبيع ونقل ملكيته اليه . والوصية كذلك تصرف او عمل قانوني ، فهي عمل ارادي من جانب واحد يترتب للموصى له حقا في الموصى به .

واذا كانت التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية تبدو يسيرة في بعض الحالات كما يبدو من الامثلة المتقدمة ، فلا يجب أن يحجب ذلك — في حالات أخرى — صعوبة ودقتها واختلاف الفقهاء حول تكييف ووصف مصدر الحق في شأنها . وأكثر ما يعرض ذلك في صدد الانفعال الاختيارية التي تترتب عليها آثار قانونية ، اذ يقوم الاختيار في الفعل على الارادة مما يكاد يقربه في الذهن من الارادة قوام التصرف وتيسر الانزلاق الى الخلط بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانوني . ويبدو أنه يجب البصر — في صدد التمييز بينهما (٢) — بأمرين رئيسيين .

(١) تجب الإشارة الى وجوب طائفة ثلاثة يمكن تسميتها بالمصادر المزوجة ، تقوم على الجبيع بين جوهر الواقعة القانونية وجوهر التصرف القانوني ، بحيث لا يترتب الاثر القانوني التولد عنها الا بوجود واقعة او عمل مادي معين واتجاه الارادة الى توليد هذا الاثر . ومن هذه الطائفة : الشفعة والاستيلاء والوفاء ، ففيها جميعا يلزم اقتران العنصر المادي بالعنصر الارادي (انظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٩١ ، ص ١٠٤٢ — ١٠٤٤). وقد كان لاستئنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهوري فضل التنبيه الى هذه الطائفة . وهو يقسمها — زيادة في الايضاح الى قسمين : وقائع مركبة تتركب من واقعة مادية ومن تصرف قانوني ، ومثالاها الشفعة . وقائع مختلفة تقوم على شيء واحد ولكن يخلط فيه العنصر المادي بعنصر الارادة ، ومثالاها الاستيلاء والوفاء (عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، هـ١٣٣ ص ١٢٣) .

(٢) انظر في بعض محاولات هذا التمييز وفي مناقشتها :
كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٣٩ و ١٠٤٠ .

(١) ان الارادة في التصرف القانونى هى ذات هذا التصرف وجوهره ، ولذلك يصح بل يجب وصفه بأنه ارادة محضة (١) . بينما في الواقعة القانونية قد توجد الارادة كما في الاعمال الاختيارية ، وقد لا توجد كما في الوقائع الطبيعية . واذا وجدت الارادة ، فانها — على خلاف الظاهر — تتميز بوضوح عن الارادة في التصرف القانونى . ذلك انه اذا كانت الارادة في التصرف القانونى هى ذات هذا التصرف ، ففى في الواقعة القانونية — اذا وجدت — تكون متميزة عن ذات هذه الواقعة وجوهرها ، اذ تكون مجرد ارادة في اتيان العمل المادى المكون لهذه الواقعة (٢) . ولذلك يبدو التمييز ظاهرا بجلاء بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانونى من هذا الوجه . فجوهر التصرف القانونى هو الارادة المحضة ، اما جوهر الواقعة القانونية فهو العمل المادى حتى ولو كان ثمة ارادة واختيار في اتيانه .

(٢) انه يبنى على اختلاف الجوهر بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى على النحو المتقدم ان الاثر القانونى المترتب على التصرف انما يترتب لأن الارادة — وهى جوهر التصرف — قد اتجهت الى ترتيبه . اما في الواقعة القانونية ، وليست الارادة اذا وجدت هى جوهرها وانما جوهرها العمل المادى وحده ، فان ما يترتب على الواقعة القانونية من اثر قانونى لا شأن للارادة في ترتيبه وانما هو يترتب لمجرد وجود وتحقيق العمل المادى .

ولذلك يستوى — اذا وجد العمل المادى — ان توجد ارادة او ان لاتوجد او اذا وجدت ان تكون ارادة في اتيان العمل المادى دون قصد الى نتائجه او حتى ان تكون ارادة في اتيانه وفي قصد نتائجه على السواء (٣) . فما دام وجود الارادة لا يغير مما يترتب القانون اصلا على العمل المادى من اثر ، فلا

(١) عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ص ٧٥ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤١ و ٧٥ .

(٣) في هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

يكون لوجودها اذن اعتبار في ترتيبه ، ولا في قلب العمل المادى نفسه من واقعة قانونية الى تصرف قانونى .

ولذلك يبدو خطأ الراى القائل بالتمييز بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية على اساس ان النتائج القانونية تكون مقصودة في الثانية وغير مقصودة في الاولى ، فقد تكون النتائج القانونية مقصودة ومع ذلك نكون بصدد واقعة قانونية لا بصدد تصرف قانونى لان هذه النتائج تترتب على مجرد وجود عمل مادى . فالشخص الذى يصدم آخر بسيارته بخطأ منه ، انما يعتبر فعله الضار هذا عملا ماديا ، والقانون يكتفى بظهور هذا العمل المادى الى الوجود ليرتب عليه اثرا قانونيا معينا هو الحق في التعويض ، وهذا الحق يترتب حتما لمجرد تحقق الاصابة بخطأ دون اعتبار لما اذا كانت ارادة صاحب السيارة قد اتجهت او لم تتجه الى صدم المصاب ، ولا حتى اذا كانت — حين اتجهت الى صدمه — قد اتجهت كذلك لمرضا الى الالتزام بالتعويض قبله ، ولذلك يظل مصدر الحق في التعويض في كل هذه الصور واقعة قانونية هي الفعل الضار .

وعلى هذا النحو ، فالتفرقة بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانونى انما تقوم اذن على اساس التمييز بين الفعل او العمل المادى وبين الإرادة المحضة . فحيث يتولد الحق او يترتب الاثر القانونى بوجه عام من مجرد وجود فعل او عمل مادى ، بصرف النظر عما اذا كان وجوده طبيعيا او اختياريا وعما اذا كانت آثاره القانونية — لو كان اختياريا — مقصودة او غير مقصودة ، نكون امام واقعة قانونية . اما حيث يترتب الاثر القانونى او يتولد من مجرد وجود ارادة تتجه الى هذا الترتيب او التوليد ، فنحن امام تصرف قانونى .

٣٦٤ — أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية وبين التصرفات القانونية

اذا تحدثت التفرقة بين الوقائع القانونية وبين التصرفات القانونية على النحو الذى بيناه ، فينبغى الوقوف على ما تشره هذه التفرقة من أهمية

بالغة . ففضلا عما تعنيه هذه التفرقة أولا من جمع شتات مصادر القانون وردها الى هاتين الطائفتين الاساسيتين واخضاع كل طائفة لقواعد واصول كلية واحدة ، نجد ان لهذه التفرقة أهمية بالغة من ناحية الإثبات خاصة .

ذلك ان نشوء الحق أو تعديله أو تحديد اوصافه أو نقله أو زواله ، أو بوجه عام وجود أى اثر قانونى ، يقتضى — عند المنازعة فيه — اثبات مصدره المباشر ، أى اثبات الواقعة القانونية أو التصرف القانونى المرتب لاي من ذلك (١) . وفى هذا الصدد نجد أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، اذ من الواضح — وهما مختلفان فى الجوهر — كما سبق البيان — ضرورة اختلافهما فى وسائل الإثبات .

فالتصرف القانونى ، باعتباره ارادة محضة متجهة الى توليد حق أو تغييره أو زواله أو توليد اثر قانونى بوجه عام ، يعنى اناطة هذا الاثر بمسلك ارادى بقصد ترتيبه ، وهو ما يقتضى فى الاصل امكان تهئية واعداد دليل كتابى على هذا المسلك والتصد وقت وقوعه ، لكى يكون من معد وسيلة اثباته اذا حصلت المنازعة فيه . وليس الحال كذلك فى شأن الوقائع القانونية — وهى محض وقائع أو اعمال مادية تترتب عليها آثارها بصرف النظر عن اتجاه أو عدم اتجاه الإرادة الى هذا الترتيب — حيث يستعصى فى الأصل اعداد دليل كتابى يسجلها عند وقوعها (٢) . ولذلك فالأصل هو

(١) ولذلك ، فمن التجوز فى التعبير القول بأن ذات الحق أو الاثر القانونى هو محل الإثبات ، بل الواقع ان محل الإثبات دائما هو ما يولد هذا الحق أو الاثر من مصدر سواء كان هذا المصدر واقعة قانونية أو تصرفا قانونيا (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ١١ ، ص ١٥) .

(٢) فى هذا المعنى :
عبد المصم فرج الصدة ، الإثبات فى المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢٢ و ١٩٠ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٢٤٠ و ٢٤١ .
ومع ذلك ، فيجتم المشرع فى شأن بعض الوقائع القانونية الخطيرة ، كالميلاد والموت ، اعداد دليل كتابى وقت وقوعها . ولكن يراعى أن هذا الدليل الكتابى ليس هو وسيلة الإثبات الوحيدة المتصورة فى شأن هذه الوقائع ، اذ أنه اذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما ادرج بالسجلات الرسمية المعدة لتفيد المواليد والوفيات ، جاز الإثبات بآلية طريقة أخرى (انظر سابقا ، ص ٥٠٦ و ٥٠٩)

اشتراط اثبات التصرفات القانونية بالكتابة (١) ، وامكان اثبات الوقائع القانونية — على خلاف ذلك — بآية طريقة من طرق الاثبات ولو بمجرد البينة اى الشهادة أو القرائن القضائية أو المعاينة (٢) .

وتبدو أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية بارزة كذلك من حيث انفراد التصرفات القانونية بكل الاحكام المتعلقة بالارادة وبقدرتها على ترتيب الآثار القانونية ، اذ هى — على خلاف الوقائع القانونية — ارادة محضة متجهة الى ترتيب هذه الآثار .

واذا كان للتفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية هذه الاهمية الكبيرة ، فضلا عن أهمية الوقائع والتصرفات القانونية فى ذاتها أهمية قصوى من حيث اعتبارهما معا مصدرا لنشوء أى حق أو تحديد وصفه أو تعديله أو انقضائه أو بوجه عام لآى اثر قانونى كان ، فمن الواجب صياغة نظرية عامة للواقعة القانونية والتصرف القانونى رغم الصعوبات الجمة التى أخرجت هذه الصياغة حتى الآن (٣) .

ونعرض فيما يلى بإيجاز لكل من الواقعة القانونية والتصرف القانونى ، وما يولدان من حقوق وآثار مختلفة .

(١) ولكن يستثنى من ذلك بعض التصرفات القانونية ، فيجوز اثباتها بالبينة وبالقرائن وهى التصرفات القانونية التجارية بوجه عام ، والتصرفات القانونية المدنية التى تكون فيها أقل من قيمة نصاب الكتابة (وهذا النصاب هو ما يجاوز اليوم عشرين جنيها طبقا لقانون الاثبات الجديد)

(٢) وأما اثبات المصادر المزدوجة ، فيعتمد فيه أساسا بطبيعة هذا ازدواج . فحيث يكون هذا الازدواج مؤديا الى الاختلاف ، يبدو من المنطقى الاعتداد بالعنصر الغالب ، وبمسألة المصدر — رغم ازدواج طبيعته — على هذا الأساس من حيث الاثبات . وأما حيث يكون مقتضى الازدواج وجود عدة نتائج مركبة غير مختلطة ، فيبدو من المنطقى وجوب معاملة كل منها على حدة بحسب طبيعتها واختصاصها لاحكام الاثبات الخاصة بهذه الطبيعة (انظر : عبد الرزاق السلهوى ، السيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٤ ، ص ٢٤٣ و ٢٤٤ . — كتابنا سالف الذكر ، هامش (٢٢ ص ١٠٤٦) .

(٣) انظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٢٩٢ ، ص ١٠٤٧ — ١٠٥٠ .

الفصل الأول

الواقعة القانونية

٣٦٥ — الواقعة القانونية ، أنواعها وأهميتها وأثارها

لم تلق « الواقعة القانونية » من عنابة الفقه ما لقيه منها « التصرف القانونى » ممثلا على الأقل فى صورته الكبيرة وهى « العقد » . ومرد ذلك الى الاعتقاد الذى ساد فى الفقه التقليدى — تأثرا بالمذهب الفردى ومبدأ سلطان الإرادة — فى أن دائرة التصرفات القانونية أرحب وأفسح مدى من دائرة الوقائع القانونية ، وإن الوقائع القانونية لا تبلغ من العدد ولا من الأهمية ما تبلغه التصرفات القانونية (١) . وساعد على ذلك التقديس الكبير الذى تمتعت به نظرية الالتزام منذ قديم ، وحصر التصرف القانونى والواقعة القانونية فى نطاقها ، واعتبار العقد بالذات — وهو تصرف قانونى — قطب الرعى فى هذه النظرية .

وقد سبق أن رأينا وجوب تحديد الواقعة القانونية بأنها فعل أو عمل ماضى يرتب القانون أثرا قانونيا معينا على مجرد وجوده فى ذاته ، وبصرف النظر عن تخلف أو وجود إرادة تصالحية .

والوقائع القانونية ، بهذا التحديد ، نوعان رئيسيان : وقائع طبيعية أو غير اختيارية ، وقائع اختيارية . فالوقائع الطبيعية أو غير الاختيارية مثل الصواعق والبراكين والزلازل والفيضانات قد يكون حدوثها قوة قاهرة تعفى المدين من التزامه، والىلاد يرتب القانون عليه أثرا هو بداية الشخصية،

(١) انظر على سبيل المثال :

Capitant, op. cit., No. 229.

والموت يترتب عليه انتهاء شخصية الميت وفتح تركته واستحقاق ورثته فيها .
وأما الوقائع الاختيارية فهي الوقائع المادية التي تحدث بفعل الإنسان واختياره ويرتب القانون على مجرد وجودها المادى أثرا قانونيا معينا ، ومثلها الفعل الضار الذى يمثل خطأ من جانب فاعله فيولد للمضروب حقا قبله فى التعويض ، والبناء فى أرض الغير يجعل مالك الأرض مالكا للبناء بالالتصاق ويلزمه بتعويض البانى ، والأثر بلا سبب مشروع على حساب الغير ينشئ للمفترق حقا قبل المثرى فى التعويض .

يخلص من هذه الأمثلة أن الواقعة القانونية قد تكون مفروضة على الإنسان وتنتج آثارها فرضا عليه كذلك ، كما فى واقعة الميلاد والموت . وقد تكون باختيار الإنسان ، وحينئذ إما أن تكون مشروعة كالفعل النافع الذى يؤدى الى ائراء شخص على حساب فاعله ، أو غير مشروعة كالفعل الضار ، وفى الحالين يرتب القانون عليها آثارا معينة لمجرد وجودها المادى بصرف النظر عما إذا كان فاعلها قد انصرفت إرادته الى هذه الآثار أو لم تنصرف .

وواضح أنه طالما كانت الواقعة القانونية مجرد فعل أو عمل مادى وتترتب عليها آثار قانونية بهذا الاعتبار ، فلا شأن للإرادة إذن فى هذا الترتيب . ولذلك لا تحتاج الواقعة القانونية الى ما يحتاجه التصرف القانونى من قواعد كثيرة متعلقة بالإرادة وقدرتها على ترتيب الآثار القانونية ، وخاصة فى شأن الأهلية والإثبات والصحة أو البطلان . فلا يتوقف ترتيب الواقعة القانونية لآثارها — حتى لو كانت من قبيل الوقائع الاختيارية — على كمال أهلية محدثها (١) . ولا تشترط الكتابة لإثبات الواقعة القانونية ، بل تقبل الإثبات بأى طريق من الطرق كاليمين والقرائن . ولا يتوقف وجود الواقعة القانونية وانتاجها آثارها على مشروعيتها ، إذ هى عمل مادى فيكون وجودها ماديا محضا لا يمكن وصفه بالصحة أو البطلان ، بينما يتوقف وجود التصرف

(١) راجع سلبنا ، ص ٥٥١ .

القانونى وانتاجه اثره القانونى على صحته ومشروعيته ، اذ هو ارادة محضه (١) .

والواقعة القلوية قد تكون مصدرا للحقوق السياسية ، اذ بلوغ سن معينة — وهو واقعة طبيعية أى فعل من صنع الطبيعة — يعطى الشخص الحق فى الانتخاب او الترشيح للمجالس النيابية . وقد تكون مصدرا لحقوق الشخصية ، فاليلاد — وهو واقعة طبيعية — يكسب المولود حقا فى لقب والده . وقد تكون مصدرا للحقوق الذهنية ، فواقعة الخلق الذهنى او الانتاج الفكرى عمل مادى اختيارى يعطى للمؤلف حقا معنويا وحقا ماليا على مصنعه . وقد تكون مصدرا لحقوق الاسرة ، فواقعة القرابة تعطى الاب الحق فى تاديب ولده .

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقوق المعينة : فالموت ، وهو واقعة طبيعية ، يولد للوارث حقا فى ملكية نصيبه من اموال المورث . والاتصاق ، وهو واقعة طبيعية او اختيارية على حسب الاحوال ، قد ينشئ حقا فى الملكية : فالارض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين (م ٩١٨ مدنى) ، والبناء او الغراس الذى يقيمه شخص بمواد من عنده فى ارض غيره يمتلكه صاحب الارض (م ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى) ، وكذلك يكون ملكا لصاحب الارض ما يحدته هو فيها من بناء او غراس او منشآت اخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره (م ٩٢٣ مدنى) . ومن اسباب الاخذ بالشفعة ، وهى مصدر لكسب الملكية ، واقعة الجوار وهى واقعة مادية (م ١٣٦ مدنى) (٢) . ومضى المدعى وهو

(١) فى هذا المعنى :

Hébraud, Encyclopédie Dalloz, op. cit., t. I, No. 54.

عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ص ١٢٠ .
(٢) ولكن الاخذ بالشفعة يحتاج فى الواقع الى اعلان من جانب الشفيع عن ارادته فى ذلك . وهذا يجعل الشفعة مؤلفة من عنصرين : عنصر الواقعة القانونية وهو يقوم على واقعة الجوار هنا بالاضافة الى حصول بيع الممن المشفوع فيها وهو ما يعتبر واقعة مادية او قانونية بالنسبة الى الشفيع ، وعنصر التصرف القانونى وهو اتجاه ارادة الشفيع الى الاخذ بالشفعة واعلانه ذلك ، فلا تعتبر الشفعة اذن واقعة قانونية خالصة وانما واقعة مركبة (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ١٢٣) .

واقعة طبيعية ، يعتبر سببا في اكتساب الملكية أو الحقوق العينية اذا اقترن بالحيازة وهى واقعة مالية اختيارية من فعل الانسان (م ٩٦٨ و ٩٦٩ مدنى) والاستيلاء ، وهو عمل مادى اختيارى ، يكسب ملكية المنقول الذى لا مالك له (م ٨٧٠ مدنى) (١) .

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية . فواقعة القرابة — وهى واقعة مالية — قد تولد الحق فى النفقة بين الأقارب . والفعل الضار ، وهو فعل اختيارى من الانسان ، يولد الحق فى التعويض ، سواء كان فاعله قاصدا احدثه أو غير قاصد ، اذ التعويض يترتب بفعله المادى لا براءته . والفعل النافع ، وهو عمل مادى ، يجعل للمفترق حقا فى التعويض قبل الشخص الذى اثرى بلا سبب مشروع على حسابه (م ١٧٩ مدنى) : فمن تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له ، وجب عليه رده (م ١٨١ مدنى) . والفضولى ، وهو من يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ، كمن يتولى اصلاح جدار جاره الغائب اذا كان الجدار وشيك السقوط ، يتولد له نتيجة هذا الفعل للنافع للجار حق فى استرداد النفقات الضرورية والنافعة التى سوغت الظروف انفاقها للقيام بهذا الاصلاح وفوائدها ، وفى التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل (م ١٩٥ مدنى) .

وقد تكون الواقعة القانونية كذلك مصدرا لانقضاء الحقوق . فهلاك الشيء ، وهو واقعة مالية ، يؤدى الى انقضاء الحق العينى الوارد عليه . وتنتهى

(١) يرامى أن الحيازة والاستيلاء ، وهما فى ذاتهما من الوقائع القانونية أو المادية ، ينطويان على ارادة فى التملك أو اكتساب الحق العينى ، ولذلك يعتبران من الوقائع المخططة وان كان العمل المادى فيها هو الغالب (انظر : حبة الرزاق السنهورى ، الموضع السابق — وانظر سابقا ، هلبش «١» ص ٦٨٤) .

ولكن يرامى أن المفصلة فى القانون المصرى الحالى — خلافا للقانون الفرنسى — مصدر مزدوج مؤلف من واقعة مالية ومن تصرف قانونى ، مما يجعل منها واقعة مركبة : اذ لا تكفى واقعة المفصلة المادية وحدها لانتاج اثرها ، بل لا بد لذلك من اعلان لحد طرفيها ارامته فى التمسك بها (انظر فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ٣٥٤ ، ص ٦٩٢) .

الحقوق العينية الأصلية، عدا حق الملكية، بعدم الاستعمال طوال خمس عشرة سنة وهو واقعة مادية . وتنتهى حقوق الدائنية بسكوت الدائن عن المطالبة بحقه طوال مدة معلومة تختلف بحسب الأحوال (م ٣٧٤ مدنى وما بعدها) ، وبتحاد الذمة (la confusion) الذى تجتمع بمقتضاء صفة الدائن والمدين فى شخص واحد (م ٣٧٠ مدنى) ، وبالقاصة التى بمقتضاها ينقضى الدينان المتقابلان بقدر الاقل منهما اذا كتما مستحقى الاداء خاليين من النزاع وكان محل كل منهما نقودا أو مثليات (م ٣٦٢ مدنى) .

وقد ترتب الواقعة القانونية آثارا أخرى ، فالقراية قد تكون مانعا من موانع الزواج ، والجوار قد يحد من استعمال حق الملكية ، ونزع الحيازة قد يترتب عليه قطع التقادم ، وحالة القصر قد يترتب عليها وقف التقادم .

الفصل الثاني

التصرف القانوني

٣٦٦ — التصرف القانوني ، أهميته وآثاره

سبق أن قلنا ان التصرف القانوني هو ارادة محضة متجهة الى احداث اثر قانوني ، وخاصة الى انشاء حق او نقله او تغييره أو انقضائه ، وراينا ما يميزه على هذا النحو عن الواقعة القانونية وهي عمل مادي يرتب القانون عليه اثرا معينا ، وأهمية التمييز بينهما ونتائجه .

وقد حظى التصرف القانوني ، أو على الأصح العقد وهو صورته الرئيسية ، بعناية الفقه التقليدي الذي أعطاه أهمية بالغة بالقياس الى الواقعة القانونية التي كانت تتلاشى أمامه . وقد كان هذا المسلك مردودا في جانب كبير منه الى التأثير بالمذهب الفردي ، والمغالاة فيما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الإرادة مغالاة غير مقبولة تأدت بالبعض الى رد كل شيء الى الإرادة وهي جوهر التصرف القانوني ، فقليل ان القانون انما يتولد من الإرادة العامة في الجماعة أو من العقد الاجتماعي ، وان الميراث يتولد من وصية ضمنية للمورث ، وان حق المجتمع في توقيع العقاب على المجرم يتولد من ارادة هذا المجرم ورضاه مقدما بالعقاب (١) .

واذا كان من الواجب التسليم بأهمية التصرف القانوني في كل نواحي القانون وفروعه ، فلا ينبغي أن يكون ذلك على حساب الواقعة القانونية بما يكاد يحجبها أو يقلل من أهميتها ، فالواقعة القانونية والتصرف القانوني صنوان في الأهمية من حيث ترتيب الآثار القانونية . وكذلك اذا كان من

(١) انظر في الإشارة الى منطلق هذه المغالاة ، وفي تنفيده :
عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٤٢ و ٤٤ .

الواجب الاعتراف بقدرة الإرادة على توليد الآثار القانونية المختلفة ودورها الكبير في ذلك ، فينبغي أن يظل مفهومهما رغم ذلك أن الإرادة ليست مطلقة السلطان كل الإطلاق في ذلك ، فتم تبيود ، غدت اليوم مقرايدة ، تحد من هذا السلطان كما سنرى .

وعلى أى حال ، فينبغي أن يراعى أن الإهنية البالغة المعطاة في الفقه التقليدي للتصرف القانوني على حساب الواقعة القانونية، إنما كانت منصرفه في الواقع الى الصورة الرئيسية للتصرف القانوني وهي العقد ، فلم يمن هذا الفقه بتأصيل نظرية عامة للتصرف القانوني في ذاته . وقد سار المشرع المصري على هذا النهج . ولكنه نهج غير سليم ينبئ العدول عنه وبناء نظرية عامة للتصرف القانوني في ذاته ، تؤصل القواعد الكلية التي تحكم التصرف القانوني على اختلاف صوره وتطبيقاته . ويقتضى ذلك الخروج بالتصرف القانوني من النطاق المحدود الذي حصره فيه الفقه التقليدي وهو نطاق نظرية الالتزام (١) . فالواقع أن التصرف القانوني ليس مولدا للحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية وما يقابلها من التزامات محسب ، بل هو يولد كذلك حقوقا أخرى غيرها . فضلا عن أنه لا يقتصر على توليد كل هذه الالتزامات من الحقوق المختلفة فقط ، بل هو كذلك يولد آثارا أخرى مختلفة من أهمها تعديل هذه الحقوق ونقلها وانقضاءها .

فالتصرف القانوني يولد الحقوق أساسا : فعقد الزواج ، وهو تصرف قانوني ، يولد حقوق الأسرة وفق النظام القانوني للأسرة . والعقد بوجه عام ، وهو تصرف قانوني بإرادتين ، يولد الحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية وما يقابلها من التزامات . وكذلك يولد الوعد بجائزة ، وهو تصرف قانوني بإرادة منفردة ، جفا شخصيا لمن يقوم بالعمل المتعلق به الوعد .

(١) وقد صاغ المشرع الألماني منذ مطلع القرن الحالي في صلب تقنيته المدني نظرية عامة للتصرف القانوني مخرجا آياه من النطاق التقليدي المحدود لنظرية الالتزام . ولكنه اقتصر على ذلك ، فلم يمن بصياغة نظرية عامة للواقعة القانونية ، انظر كتابنا أصول القانون ، ص ١٠٤٨ ، ومقت وعلمش ٢٥ ص ١٠٥٧ .

وكذلك يعتبر التصرف القانونى عموما مصدرا مولدا أو مكسبا للحقوق العينية الأصلية ، غير أن قدرته فى هذا الشأن قد أصبحت محدودة مقيدة فيما يتعلق بالمقتدرات ، حيث يعلق انشاء هذه الحقوق عليهما على شهر التصرف بالتسجيل ، حتى ليكن أن يقال إذن أن مصدر الحقوق العينية الأصلية العقارية مصدر مزدوج أو واقعة مركبة تتألف من العقد وهو تصرف قانونى ومن التسجيل وهو واقعة قانونية أو مادية (١) . وكذلك يعتبر العقد مصدرا لبعض الحقوق العينية التبعية ، وهى الرهن بنوعيه الحيازى والرسمى .

وكذلك يؤدى التصرف القانونى الى نقل الحقوق وتعديلها وانقضائها . فالحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية يمكن نقلها عن طريق الحوالة ، وهى اتفاق أو تصرف قانونى بين الدائن وشخص آخر بمقتضاه يخول الدائن لهذا الشخص ما له من حق فى ذمة المدين (م ٣٠٣ مدنى) . والحق الشخصى أو حق الدائنية ينقضى ويستبدل بالتجديد ، وهو تصرف قانونى أو اتفاق بين الدائن والمدين أو بين الدائن والمدين وأجنبى على استبدال حق أو دين جديد بحق أو دين قديم مما ينقضى به الحق أو الدين القديم وينشأ الحق أو الدين الجديد (م ٣٥٢ مدنى وما بعدها) . وينقضى حق الدائنية كذلك بالإبراء ، وهو تصرف قانونى بإرادة منفردة ينزل الدائن بمقتضاه عن حقه قبل المدين دون مقابل (م ٣٧١ و ٣٧٢ مدنى) . والحق العينى ينقضى بنزول صاحبه عنه ، وهو تصرف بإرادة منفردة .

وكذلك قد يرتب التصرف القانونى آثارا أخرى . فهو يتخذ وسيلة لتأكيد حق ثابت أصلا وجعله باتا غير قابل للنقض ، كقبول الوصى له الوصية ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته ، وهو فى الحالين تصرف بإرادة منفردة . وقد يتخذ التصرف القانونى وسيلة لتصحيح تصرف سابق قابل للإبطال عن

(١) فى هذا المعنى :

محمد سليم منكر ، ص ٢٢٢ .

طريق الاجازة ممن شرع الابطال لمصلحته ، او لتغيير الوصف الذى يتصرف بمقتضاه الغير ، كاتقرار رب العمل تصرف الفضولى بها يحول الفضولى في هذا الشأن الى وكيل ، وكل من الاجازة والاتقرار كذلك تصرف بارادة منفردة . وكذلك غارادة الواقف تنشئ الوقف كشخص اعتبارى .

واذا كانت الامثلة السابقة كلها تدخل في نطاق القانون المدنى او القانون الخاص بوجه عام ، فلا معنى ذلك انه لا دور للتصرف القانونى في نطاق القانون العام ، بل دوره فيه كذلك كبير واهميته بالغة . ويكفى للدلالة على ذلك التمثيل له في نطاق القانون العام الداخلى بالتشريع ، واللوائح او القرارات الادارية التنظيمية ، والقرارات الادارية الفردية (مثل تعيين او فصل موظف ، او قبول طلب جنس) ، والاحكام القضائية ، والمعاهدات في مجال القانون الدولى ، فهذه كلها تصرفات قانونية تولد حقوقا او تكشف عنها وتؤكددها او تنتج اثرا قانونية اخرى مختلفة .

٣٦٧ — انواع التصرف القانونى واقسامه

يتنوع التصرف القانونى تنوعا كبيرا وينقسم اقساما عدة بتعدد الواجه التى ينظر اليه من خلالها . وقد سبق ان اشرنا الى ان التصرف القانونى اذا نظر اليه من حيث الاثر الذى يعود به على صاحبه او اصحابه قد يكون نافعا نفعا محضا او ضارا ضررا محضا او دائرا بين النفع والضرر ، وراينا كذلك اهمية هذا التقسيم في شأن ناقصى الاهلية وتحديد ما يملكون اجراءه من تصرفات (١) .

ويتفرع هذا التقسيم في الواقع عن تقسيم آخر للتصرف القانونى الى تصرف بم عوض (acte à titre onéreux) يأخذ فيه المتصرف مقابلا لما يعطى كالبيع والمقايضة والايجار ، وتصرف على سبيل التبرع (acte à titre gratuit) يعطى به المتصرف دون مقابل كالهبة والوصية . وتبدو اهمية هذا التقسيم

بخاصة في أن المشرع قد يتطلب أحيانا في المتبرع أهلية خاصة بينما يكتب في شأن المأوض بالاهلية العادية ، وفي أن تصرف المدين على سبيل التبرع لا ينفذ في حق دائئه ولو كان المتبرع له حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا ، بينما اذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش (م ٢٣٨ مدنى) .

وينقسم التصرف القانونى كذلك ، بالنظر الى وقت نفاذه وترتيب آثاره الى تصرف فيما بين الأحياء (acte entre vifs) وتصرف مضاف الى ما بعد الموت (acte à cause de mort) . والاول ، كالبيع والإيجار والهبة ، وهو الاصل في التصرفات ، ينفذ في الاصل في حياة صاحبه أو أطرافه أو لا يعلق نفاذه على موته أو موتهم . بينما الثانى ، كالوصية ، يعلق نفاذه وترتيبه لآثاره على تحقق هذا الموت . وتبدو أهمية هذا التقسيم في أن للمتصرف بتصرف مضاف الى ما بعد الموت حق الرجوع في تصرفه قبل وفاته ، وفي أن هذا المتصرف ليس مطلق الحرية في تصرفه حتى لا يضر بورثته ، ولذلك يحدد المشرع عادة نصابا ينحصر التصرف المضاف الى ما بعد الموت في حدوده .

غير أن ثم تقسيمات أخرى للتصرف القانونى ينبغى أن نعرض لها ببعض التفصيل بالنظر الى أهميتها ودقتها ، هى تقسيم التصرف من حيث تكوينه ومن يصدر عنه الى تصرف من جانب واحد وتصرف من جانبين ، وتقسيمه من حيث دوره ووظيفته الى تصرف منظم وتصرف شرطى وتصرف شخصى أو ذاتى ، وتقسيمه من حيث اثره في الحقوق الى تصرف منشئ وتصرف كاشف . فنبين فيما يلى كل تقسيم منها وأهميته .

(١) التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين : قد يكتفى لتقسيم التصرف القانونى وجود ارادة واحدة أو صدوره من شخص واحد يفضل بوصف واحد (١) ، فيقال انه تصرف من جانب واحد أو تصرف بزيادة

(١) فيخرج عن أن يكون تصرفا بزيادة منفردة التصرف الذى يصدر من شخص واحد يمثل بوصفين مختلفين في نفس الوقت . ولذلك يعتبر عقدا تملأه الشخص بنفسه باسم من ينوبه =

منفردة ، كالإيصاء (١) ، والوقف ، والنزول عن الحق العيني ، والوعد بجائزة ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته ، وقبول الموصى له الوصية ، واجازة العقد القابل للإبطال ، وإقرار رب العمل تصرف الفضولي ، والقرار الإداري . وقد يتطلب انعقاد التصرف القانوني توافق ارادتين (أو أكثر) على إنتاج الأثر القانوني ، فيقال انه تصرف من جاتين وهو ما يعرف بأسم العقد أو الاتفاق (٢) ، مثل عقد البيع والإيجار والعمل والمقولة وحالة الحق وتجديد الدين .

ويشيع في فقه القانون العام ، وعند بعض فقهاء خاصة مثل «ديجي» (٣) إنكار وصف العقد أو الاتفاق على بعض التصرفات القانونية المنعقدة بإرادتين أو أكثر ، مثل : عقد الزواج ، بحجة أن طرفيه لا يملكان تحديد آثاره ، بل القانون هو الذي يستقل بهذا التحديد . وعقد الشركة ، بحجة انه ينظم مصالح متوافقة — لا متعارضة كما هو الأصل — لأطرافه ويولد التزامات متعاقبة متبادلة بينهم . وعقد العمل الجماعي الذي يبرم بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال وبين صاحب عمل أو أكثر من أصحاب العمل ، بحجة انه لا ينشئ مراكز شخصية بقدر ما يحدد من مراكز موضوعية ويضع أصولا وقواعد قانونية لتنظيم شروط العمل في حرفة أو مهنة أو منشأة معينة .

= عنه (راجع في أحكام تعاقد الشخص مع نفسه : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٩٥ — ٩٧) .

(١) هذا هو المقرر في القانون المصري ، حيث لا ينظر الى قبول الموصى له على انه ركن لانعقاد الوصية وانما مجرد شرط للزومها فحسب ، فلا تعتبر إذن عقدا من العقود ، ولذلك تنطبق المادة ٢٠ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « نظم الوصية بقبولها من الموصى له مراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى .. » .

(٢) يجري بعض الفقهاء على التمييز بين « الاتفاق » وبين « العقد » باعتبار الأول هو الجنس والثاني هو النوع ، بحيث يكون الاتفاق هو توافق ارادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانوني بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، بينما يكون توافق الإرادة في العقد خلاصا على إنشاء الالتزام فحسب . ولكن التفرقة بين الاتفاق وبين العقد على هذا النحو غير ذات أهمية ولذلك يجري العمل على عدم التمييز بينهما واستعمال لهما في الدلالة على نفس المعنى من القدرة على ترتيب أي أثر قانوني كان أي على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه (في هذا المعنى : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٣٦ و ٣٧) .

وأيا كان ما يطلق على مثل هذه التصرفات من تسميات مختلفة كالتصرفات الجماعية (*actes collectifs*) والتصرفات الاتحادية (*unions*) ، ورغم ما يوجد من أوجه اختلاف غير منكور بين هذه التصرفات وبين النموذج العادي التقليدي للمعد أو الاتفاق مما يبرر اخضاعها من هذه الوجوه لقواعد خاصة ، فيبقى أن فكرة الاتفاق يمكن أن تتسع لهذه الاشكال والصور جميعا اذا اخذنا اصطلاح القانون بمعناه الامم وهو توافق ارادتين أو أكثر على احداث اثر قانوني (١) .

٢ — التصرف المنظم والتصرف الشرطي والتصرف الشخصي : مبرج

الفضل في هذا التقسيم الى فقاء القانون العام اساسا (٢) ، ولذلك اتيح له ان يستقر في فقه القانون العام قبل القانون الخاص ، وان كان يأخذ طريقه اليوم للدخول الى هذا الفقه الاخير (٣) . وهذا التقسيم مبنى على اختلاف دور التصرف القانوني ووظيفته ، وهو ما ينعكس اثره كذلك على مدى آثاره .

فحيث يكون دور التصرف القانوني هو وضع قواعد قانونية عامة مجردة ابتداء أو التعديل في القائم من مثل هذه القواعد ، يكون التصرف القانوني منظما (*acte - règle*) ، مثل التشريع العادي واللوائح الادارية ، وعقد العمل الجماعي ، ونظم الجمعيات والنقابات والشركات .

وحيث يكون دور التصرف القانوني منحصرا في أن يكون وجوده شرطا اوليا لازما لاهمال احكام نظام قانوني عام على شخص من الاشخاص ، أو لوضع هذا الشخص في مركز ينظمه ويحكمه القانون مباشرة ، يكون التصرف شرطيا (*acte - condition*) . فمثل هذا التصرف ان لا يملك بذاته تحديد آثاره

(١) في هذا المعنى :

Géay, *Science et technique*, t. IV, pp. 210, 211.

(٢) انظر في ذلك بخامة :

Duguit, *op. cit.*, t. I, Nos. 29, 31, pp. 307 - 315, 325 - 331. — Règlade, *Valeur sociale et concepts juridiques*, pp. 103 - 105.

(٣) انظر في ذلك بخامة :

Colin, Capitaint et De La Morandière, *op. cit.*, t. I. 70 70, pp. 66-68.

وانها يحددها القانون وحده مباشرة ، بحيث لا يكون وجود التصرف الا تمهيدا وشرطا لاعمال احكام القانون وتطبيق نظام قانونى معين على شخص أو اشخاص يعينهم التصرف. ومن امثلة التصرف الشرطى : قرار تعيين الموظف ، وقبول التجنس ، وعقد الزواج .

وحيث يكون دور التصرف القانونى انشاء مركز شخصى لاطرافه ، اى مركزا خاصا مؤقتا يعين التصرف نفسه مداه ويحدد آثاره ، يكون التصرف شخصيا أو ذاتيا (acte subjectif) ، مثل الوصية وعقد البيع والايجار والهبة والعارية والوديعة .

ويراعى فى شأن هذا التقسيم ان الحد الفاصل بين التصرف الشخصى والتصرف الشرطى ليس بالقاطع ، وانه يدع مجالا للتدخل والاختلاط بين نوعى التصرف ، حيث يضيق مدى سلطان الارادة ويصبح جانب غير قليل من آثار بعض التصرفات القانونية محددا ومحكوما مقدما بمجموع من القواعد الامرة المتعلقة بالنظام العام(١) ، وهو ما يكثر فى العصر الحديث خاصة امام ازدياد تدخل الدولة وهيمنتها على توجيه الاقتصاد الوطنى(٢) . وفضلا عن ذلك ، فالقول بأن التصرفات المنظمة تضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وتعتبر لذلك مصادر للقانون(٣) قول محل نظر ، فانه اذا صدق هذا القول فى شأن بعض صور التصرفات كالتشريع عموما سواء كان دستورا أو قانونا أو لائحة ، فهو محل شك فى باقى صورها الاخرى .

٢ — التصرف المنشئ والتصرف الكاشف : يقوم هذا التقسيم على اساس تفاوت اثر التصرف القانونى فى الحقوق ، فقد يكون هذا الاثر انشاء للحقوق ، وقد يكون كسفا وتقييرا لها . ولذلك فالتصرف القانونى من هذا الوجه اما تصرف منشئ أو تصرف كاشف أو مقرر .

Marty et Raynaud, t. I, No. 122, p. 211 (١)

Colin, Capitaint et De la Morandière, t. I, No. 70 p. 67 (٢)

Marty et Raynaud, t. I, No. 124, pp. 212 - 214 (٣)

أما التصرف المنشئ (acte constitutif) ، وهو الغالب في التصرفات ، فهو الذى من شأنه إنشاء حق لشخص من الأشخاص ابتداء أو انتقالا (١) .
والتصرف المنشئ ابتداء هو الذى يخلق حقا جديدا أصلا ، كمقد الزواج ينشئ لكل من الزوجين قبل الآخر — نتيجة إخضاعهما لنظام الزواج القانونى — حقوقا مبتدأة ، والحكم القضائى بتطليق الزوجة على زوجها ينشئ للزوجة — وأحيانا للزوج — حقوقا مبتدأة كذلك . والتصرف المنشئ انتقالا هو الذى ينقل أو يحول حقا قائما أصلا من صاحبه الاصلى الى صاحب جديد ، كمقد البيع أو الهبة ينشئ للمشتري أو للموهوب له حقا فى ملكية المبيع أو الشيء الموهوب بنقله اليه من البائع أو الواهب ، وينشئ للبائع حقا فى الثمن بنقله اليه من المشتري .

وأما التصرف الكاشف أو المقرر (acte déclaratif) (٢) ، فليس من شأنه إنشاء حق لشخص من الأشخاص لا ابتداء ولا انتقالا ، وإنما هو يفترض أصلا وجود حق قائم من قبل مترقبا على تصرف منشئ سابق . ولكن هذا الحق يعترضه من العقبات ما يجعله غير فعال ، فقد يرد على وجوده الإنكار ، أو تكون بعض عناصره — رغم التسليم بوجوده — محل منازعة ، أو يرد عليه من الوصف ما يقيد ويحد من مباشرته ، فيحتاج إذن الى التحرر مما يثقله من هذه القيود والعقبات بما يطلق له كامل مفعوليته ، والتصرف الكاشف هو

(١) يشيع فى اللغة قصر اصطلاح « التصرف المنشئ » على التصرف المنشئ ابتداء فحسب ، والتعبير باصطلاح « التصرف الناقل (acte translatif) » من التصرف المنشئ انتقالا . ولكن يبدو أنه ، على الأقل فى مجال المقارنة والمقابلة بين هذين النوعين من التصرف من ناحية وبين التصرف الكاشف أو المقرر من ناحية أخرى ، ليس من حرج فى الاكتفاء باصطلاح « التصرف المنشئ » وصرفه الى إنشاء على سبيل الابتداء والانتقال على السواء ، فهو يستوعبها معا ويفيد ما يتحدان فيه من معنى إنشاء حق لم يكن للشخص من قبل سواء كان ثابتا أو غير ثابت أصلا لغيره .

(٢) راجع فى ذلك بخاسة :

Chevallier, De l'effet déclaratif des conventions et des contrats, Thèse, Rennes, 1932. — Boyer, La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Thèse, Toulouse, 1947. — Merle, Essai de contribution à la théorie générale de l'effet déclaratif, Thèse, Toulouse, 1949.

الذى يحقق له ذلك . فالتصرف الكاشف اذن هو الذى يسمح لحق سابق غير فعال بانتاج كل آثاره (١) ، او هو الذى يطلق لحق سابق كامل مفعوليته بتحريره مما كان يعترضه من عقبات . ومن امثلة التصرفات الكاشفة : الاعتراف بالبنوة الطبيعية ، والاحكام القضائية فى الاصل ، والصلح ، والقسمة .

فالاقرار بالبنوة الطبيعية غير الشرعية ، فى الشرائع التى تبيح هذا الاعتراف ، هو السند اللازم الذى كانت تفتقده البنوة الطبيعية القائمة أصلا لاتنتاج آثارها القانونية (٢) . والاحكام القضائية احكام كاشفة فى الاصل (٣) ، لانها انما تعترف بحق سابق محل منازعة فى وجوده او فى بعض عناصره وتعطيه ملكان يفتقده من تأكيد او قوة او تحديد . والصلح كذلك تصرف كاشف ، اذ هو عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيان به نزاعا محتملا بأن ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه معترفا للآخر فيها عدا ذلك بما يدعيه . فالصلح اذن ليس هو المصدر المنشئ لحق كل من المتصالحين اذ هو مسبق على الصلح ، وانما يكشف الصلح عن سبق وجود هذا الحق ويحدده على النحو الذى تنتفى به المنازعة فيه فيكسبه ما كان ينقصه — نتيجة هذه المنازعة — من تأكيد . وقسمة الشيء الشائع كذلك تصرف كاشف (٤) ، فهى لا تنشئ لكل متقاسم حقا جديدا لم يكن له من قبل ، وانما تكشف عن حقه القائم أصلا منذ الشيوع وينفكس سنده (٥) ، ولكن مع تحريره مما كان يثقل مباشرته

(١) Merle, Thèse précitée, Nos. 219, 254.

كتابنا احكام حق الملكية ، ط ٢ ، ١٩٦٥ ، فقرة ١٥٣ ، ص ٥١٠ و ٥١١ .

(٢) انظر فى ذلك :

Merle, thèse précitée, No. 20

(٣) ولكن استثناء من ذلك ، توجد بعض احكام قضائية منشئة ، مثل الحكم بالتطبيق ، والحكم بمرسو الزاد ، والحكم بالرجوع عن البهة .

(٤) راجع فى اعتبار القسمة تصرفا كاشفا ونفى اعتبارها تصرفا نقليا او منشئا : كتابنا احكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرات ١٥٢ و ١٥٣ ، ص ٥٠٥ — ٥١٢ .

(٥) فاذا كان الشيوع نتيجة تركة ورثها الشركاء معا او نتيجة اشتراك منهم فى شراء الشيء الشائع ، فيظل سند حق كل شريك متقلسم بعد القسمة هو سنده قبلها من الارث أو عقد البيع .

في ظل الشيوع من قيود التزام بين الشركاء ، اذ تفرز لكل شريك متقاسم نصيبا ماديا من الشيء الشائع يعادل حصته الرمزية في الشيوع (١) بحيث يستأثر عليه وحده بكامل سلطات حقه دون مشاركة أو مزاحمة من الباقين .

وتبدو أهمية التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة بخاصة (٢) في ان التصرفات الكاشفة لا تصلح سببا صحيحا لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير ، لان السبب الصحيح هو تصرف من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادرا من صاحب الحق أى أنه من حيث طبيعته تصرف منشئ ولا يعيبه الا صدوره من غير صاحب الحق .

وكذلك تبدو هذه الأهمية من حيث أثر التسجيل . فبينما يجب تسجيل التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية لكي تنتج هذه التصرفات أثرها فيما بين نوى الشأن أو بالنسبة الى الغير ، تنتج التصرفات الكاشفة أو المقررة لحق من الحقوق العينية الأصلية العقارية أثرها فيما بين أطرافها دون حاجة الى تسجيل ولكن لا يمكن الاحتجاج بها على الغير الا بتسجيلها (م ٩ و ١٠ من قانون الشهر العقاري) .

٣٦٨ — مبدأ سلطان الإرادة وقبوده

إذا كان التصرف القانوني إرادة محضة متجهة الى أحداث أثر قانوني ، فمقتضى ذلك الاعتراف للإرادة بالقدرة على توليد الآثار القانونية ، وخاصة انشاء الحقوق ونقلها وتغييرها وانقضاءها ، ويعبر عن ذلك بمبدأ سلطان الإرادة . ولكن من الواضح أنه ليس للإرادة مثل هذا السلطان الا اذا كانت كاملة صادرة من ذى أهلية ، وكانت صحيحة مبراة من عيوب الغلط والخداع

(١) كالنصف أو الثلث أو الربع .

(٢) وقد كان الفقه التقليدي يرتب كذلك أهمية أخرى على التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة من حيث تميز الأخيرة بآثارها الرجعية . وليس هنا مجال الدخول في مناقشة هذا الفقه تفصيلا . ولكن يكفي أن نقول أن ما يقبضه من ترادف بين الآثار الرجعية وبين التصرف الكاشف ليس الا محض افتراض . وأنه ليس في طبيعة التصرف الكاشف ما يحتم رجعيته (انظر خاصة في نقي الآثار الرجعية للنسبة باعتبارها تصرفا كاشفا ، كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ١٥٧ ، ٢٨ ، ٥٤٠) .

أو التتليس والاكراه والاستغلال ، وكان لها محل وسبب مشروع (م ١٣٥ و ١٣٦ مثنى) .

وقد سبقت الإشارة الى ما كان لانتصار المذهب الفردى من اثر فى المغالة فى اطلاق مبدأ سلطان الإرادة . ولكن لم تلبث هذه المغالة أن تكشفت — أمام تطور الحياة الاقتصادية — عن نتائج ظالة ، اذ صار مبدأ سلطان الإرادة سلاحا فى يد الاقوياء يتحكمون به فى الضعفاء باسم حرية الإرادة وسلطانها ، مما مهد لمغالة عكسية من جانب المذهب الاجتماعى فى اهدار سلطان الإرادة أمام سلطان الجماعة والقانون تحقيقا للصالح العلم . غير أنه اذا كانت المغالة فى اطلاق مبدأ سلطان الإرادة ليست بالمقبولة ولا العادلة ، فكذلك المغالة فى اهداره ليست بالمأمونة العواقب . لذلك يتخذ المشرع المصرى موقفا وسطا بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى فى هذا الشأن ، فيقرر فى الاصل مبدأ سلطان الإرادة ، ثم يورد عليه من القيود ما يتوقى خطر اطلاقته دون أن ينتهى الى الغائه .

ولبدأ سلطان الإرادة وجهان متقابلان : كفاية الإرادة لانشاء التصرف القانونى ، وقدرة الإرادة واستقلالها بتحديد ما يترتب على التصرف من آثار قانونية . فنعرض لكل من الوجهين وقيوده فيما يلى :

١ — كفاية الإرادة لانشاء التصرف القانونى : مقتضى مبدأ سلطان الإرادة أن مجرد الإرادة وحدها تكفى لانشاء التصرف القانونى ، دون تشكيلات معينة تصحبها . ويعبر عن ذلك بقاعدة الرضائية ، وهى السائدة اليوم فى القانون الحديث كأصل عام . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة . فثم تصرفات قانونية يحتم المشرع لنشئها وانعقادها افراغها فى شكل معين من الاشكال (١) ، بحيث يترتب على تخلف هذا الشكل بطلان التصرف نفسه وطلاتا مطلقا .

(١) أما تطلب شكل معين ، كالتكليف ، لاثبات التصرف القانونى ، فليس فى حقيقته تقيدا على قدرة الإرادة وكفايتها لانشاء التصرف القانونى . اذ يقوم التصرف غير المكتوب وينعقد فى مثل هذه الاحوال ببعض الإرادة المجردة من هذا الشكل ، وأن كان تخلف هذا الشكل يجعل اثبات التصرف مستحيلا اذا لم يقيم اشباهه بالاترار أو اليقين .

ولكن اشتراط الشككية لاتعقد التصرفات القانونية ليس في القانون الحديث ، على خلاف الحال في بعض الشرائع القديمة كالقانون الروماني ، الا مجبردا استثناء من القاعدة الاصلية وهى قاعدة الرضائية .

٢ — قدرة الإرادة على تحديد الآثار القانونية واستقلالها بذلك : مقتضى مبدأ سلطان الإرادة كذلك ان الإرادة المنشئة للتصرف القانوني قادرة في الاصل على تحديد ما يتولد عنه من آثار قانونية وانها تستقل بهذا التحديد ، بحيث يجب تحديد هذه الآثار كما حددتها الإرادة دون تغيير أو تعديل . ولكن اطلاق هذا الوجه من مبدأ سلطان الإرادة ليس متصورا . فهناك من القيود الكثيرة ما يعتبر فرضه ضروريا لرفع التباين وتحقيق الوحدة في أمر نظام من الانظمة الاساسية في الجماعة ، أو لكبح جماح انطلاق الإرادة في ترتيب الآثار القانونية والحد من تغليب الصالح الفردي على حساب الصالح العام ، أو لحماية الغير واستقرار المعاملات .

فثم تصرفات قانونية ينعدم سلطان الإرادة في تحديد ما يتولد عنها من آثار قانونية ، بحيث يقتصر دورها على مجرد الاحالة في شأن هذا التحديد الى نظام قانوني معين يستقل بفرضه القانون ، كما هو الشأن في التصرفات الشرطية كمعقد الزواج .

وواضح ، الى جوار ذلك، ان فكرة النظام العام والآداب تعتبر هي القيد الرئيسي الذي يرد على سلطان الإرادة في ترتيب ما تشاء من آثار قانونية . وقد كان من اثر تراجع المذهب الفردي في صورته المطلقة ، امام تقدم وانتشار المذهب الاجتماعي ، ازدياد تدخل الجماعة في علاقات الافراد كحالة للمصالح العام وتحقيقا للتوازن بين قوى الافراد غير المتعادلة ، مما اتسع معه نطاق فكرة النظام العام اتساعا كبيرا قابلة بالطبيعة انكماش ظاهر في مدى سلطان ارادة الافراد في ترتيب الآثار القانونية ، بحيث بات كثير من التصرفات القانونية — كمعقد العمل الفردي — اقرب الى التصرفات الموجهة التي يستقل القانون بتنظيم كل او جل آثارها .

وكذلك فإن وجوب الترام ما تحدده الإرادة من آثار قانونية وتنفيذ التصرفات القانونية على هذا النحو من التحديد دون تعديل ، لم يعد اليوم بالقاعدة المطلقة . بل تتجه بعض القوانين الحديثة نحو إعطاء القاضي سلطة واسعة في تعديل العقود وتغيير ما حددته الإرادة من شروط في أحوال معينة ، وفي طبيعة هذه القوانين التقنين المدنى المصرى الحالى ، الذى يعطى القاضي هذه السلطة الواسعة في حالة الظروف الطارئة وفي شأن عقود الأذعان .

فإذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى — وإن لم يصبح مستحيلا — صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى — تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين — أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول (م ١/١٤٧ مدنى) (١) .

وكذلك غنى شأن عقود الأذعان ، التى يملئ فيها طرف على الطرف الآخر شروط التعاقد دون أن يقبل مناقشة فيها ، بالنظر الى احتكاره الخدمة أو السلعة محل التعاقد احتكارا قانونيا أو فعليا أو سيطرته عليها سيطرة تحد كثيرا من المنافسة في شأنها ، كالعقود التى يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه ، يجوز للقاضى — اذا كانت هذه الشروط تعسفية — أن يعدلها أو أن يعنى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة (م ١٤٩ مدنى) .

وكذلك اذا كان الاصل هو قدرة الإرادة بذاتها على توليد ما تحدده من آثار قانونية ، فقد يخرج المشرع على ذلك فيعلق توليد هذه الآثار أو بعضها على وجوب اتخاذ اجراء من اجراءات الشهر والعناية للتصرف القانونى حماية للغير واستقرارا للمعاملات . ومن ذلك أن المشرع يعلق انتاج التصرفات

(١) ولتقنين نظرية الظروف الطارئة بنص صريح يخطها في نطاق القانون المدنى المصرى والمعاملات المدنية على هذا النحو المستحدث ، سبقه أخذ القضاء الإدارى المصرى بهذه النظرية داخل نطاق القانون الإدارى انبعاثا لتنهج القضاء الإدارى الفرنسى .

القانونية لإنشاء أو نقل أو تغيير أو زوال الحقوق المبنية الأصلية العقارية —
سواء فيما بين نوى الشان أو بالنسبة الى الغير — على تسجيل هذه
التصرفات (م ٩ من قانون الشهر العقاري) ، كما يطلق انتاج التصرفات
القانونية المنشئة لحقوق عينية عقارية تبعية لاثرها من التبعية والافضلية في
مواجهة الغير على غيرها (م ١٢ من قانون الشهر العقاري) .

الباب الرابع

استعمال الحق

٣٦٩ - استعمال الحق في تطوره من الاطلاق الى التقييد

قلنا ، عند التفرقة بين محل الحق ومضمونه (١) ، ان مضمون الحق هو تلك المكنت والسلطات التي يخولها الحق لصاحبه . فمضمون حق الملكية مثلا هو تلك السلطات التي يخولها هذا الحق للمالك من استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه . ومضمون حق القرض هو قدرته على مطالبة المقرض برد القرض في الاجل المضروب . ومضمون حق المؤلف هو السلطات التي تثبت للمؤلف على مصنفه ، سواء كانت معنوية تعبر عن ابوته الفكرية او مالية تنحصر في استغلال المصنف استغلالا ماليا .

وهذه السلطات التي تكون مضمون الحق ، هي التي يستعملها صاحب الحق في سبيل التمتع بحقه . والاصل ان استعمال هذه السلطات ، بوجه عام ، يحمي القانون ويعصم صاحبه من المسؤولية عن نتائجه ، لان الحق انما يستند الى القانون ويستمد وجوده الوضعي منه بحيث يعتبر كل استعمال للحق من جانب صاحبه فعلا مشروعا ما دام يلتزم مضمون الحق وحدود نطاقه كما رسمها وعينها القانون .

ومن هنا ، كان السائد زمنا طويلا ان صاحب الحق يتمتع بحصانة مطلقة في استعمال حقه ، بحيث لا يكون مسئولوا عما يصيب الغير من ضرر

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٤٧ .

من جراء هذا الاستعمال . وقد اعلان على ترويج الاعتقاد في هذه الحصانة المطلقة انتشار المذهب الفردى الذى يقوم مقفه فى أساسه على الفرد وحقوقه ولا يعترف بوجود القانون الا لتمكين الفرد من التمتع بحقوقه وكفالة هذا التمتع له . فالنظرة الى الفرد فى هذا المذهب كانت باعتباره السيد المطلق الذى تسخر الجماعة فى خدمته ، مما استتبع اعتباره صاحب سلطان مطلق فى استعمال حقوقه كما يشاء داخل النطاق المحدد لها دون رقيب او حسيب .

غير ان المذهب الاجتماعى الذى يقوم فى اساسه على الجماعة وحقوقها لا على الفرد وحقوقه ، قد اتجه وجهة عكسية لوجهة المذهب الفردى فى هذا الصدد ، فذهب غلاة أنصاره الى انكار فكرة الحق واعتباره مجرد وظيفة اجتماعية لا تخلع على صاحبها امتيازاً بل تفرض عليه التزاماً الى حد القول بأنه « ليس لاحد من حق الا فعل واجبه » ، بحيث يكون صاحب الحق كالموظف موكلاً باستعمال هذه الوظيفة كما حددتها الجماعة بما يكفل تحقيق الصالح العام وهو الهدف الاساسى لكل مجتمع .

وظاهر ما يوجد من مفالة من جانب كل من المذهبين فى النظرة الى الحق واستعماله ، فاسباغ حصانة مطلقة على صاحب الحق فى استعماله يجعل الحق فى يده أداة طيعة مشروعة للاضرار بغيره فى سبيل تحقيق اغراض غير مشروعة ، واعتبار الحق وظيفة اجتماعية خالصة يلغى فكرة الحق الفاء يمحو كيان الفرد واستقلاله .

من اجل ذلك ، يذهب الفقه الحديث والتشريعات الحديثة فى مجموعها مذهباً وسطاً بين النزعتين المتطرفتين ، يتخذ مظهره فى النظرية المعروفة باسم « نظرية التعسف فى استعمال الحق » . فهذه النظرية تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة ، فلا تلغى فكرة الحق بتحويله الى وظيفة اجتماعية خالصة ، بل تعترف بالحق وبحرية صاحبه فى استعماله بما يعود عليه من نفع ، ولكنها تقيد هذه الحرية حتى لا تندفع بصاحب الحق الى

تحقيق اغراض او اهداف غير مشروعة ، فتضع رقابة على استعمال لحقة بما يضمن مشروعية هذا الاستعمال .

وبذلك تبدلت النظرة الى استعمال الحق فلم بعد هذا الاستعمال مطلقا متروكا الى محض تقدير صاحب الحق يمارسه لتحقيق اغراض غير مشروعة ، وانما أصبحت حماية القانون مبسطة على الاستعمال المشروع وحده . اما الاستعمال المنحرف الذى يحيد به صاحب الحق عن طريقه الطبيعى ويخلق من الحق فى يده سلاحا يرفعه فى وجه الجماعة وصالحها ، فلا يستاهل حماية القانون ، مما يختم مسالة صاحب الحق عما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال المنحرف غير المشروع او منعه أصلا من الاقدام على مثل هذا الاستعمال.وبذلك استقر مبدأ رقابة الحقوق وتقييدها ، وأصبحت « نظرية التعسف فى استعمال الحق » التى تعبر عن هذا المبدأ نظرية أساسية مستقرة كذلك . فنعرض لهذه النظرية فيما يلى .

فصل وحيد

نظرية التصسف (١) في استعمال الحق (٢)

La théorie de l'abus de droit

٣٧٠ — الأصول التاريخية للنظرية ، واستقرارها في القانون الحديث

إذا كانت نظرية التصسف في استعمال الحق قد كتب لها التبلور والاستقرار كنظرية عامة في العصر الحديث ، فلا يعني ذلك أنها نظرية مستحدثة لم تمررها الشرائع القديمة ، بل الواقع أن جذورها تمتد الى الماضي البعيد بحيث نجد أصولها التاريخية مرتدة الى القانون الروماني والشرعية

(١) تسمية هذه النظرية على هذا النحو هي التسمية السائدة . ولكن توجد تسميات أخرى قد تكون أظهر في الدلالة على ما تمثله هذه النظرية — كما سنرى — من ارتهاق استعمال الحق بفائته أوقيمته الاجتماعية ، مثل تسميتها بنظرية « روح الحقوق ونسبيتها » كما يفعل بعض الفقهاء الفرنسيين مثل « جوران » . ولكننا أثرنا رغم ذلك الإبقاء على التسمية السائدة ، لأنها قد اكتسبت — بشيوعها وقدمها — حجية واستقرارا في الأذهان ليس من الصالح زعمته بتغيير الاصطلاح .

(٢) راجع في هذه النظرية بخاصة :

Forcherot, De l'abus de droit, thèse, Dijon, 1901. — Josserand, De l'abus des droits, 1905. — Bardesco, l'abus de droit, thèse, Paris, 1913. — Ferrocet, Essai sur la théorie de l'abus du droit dans ses rapports avec la responsabilité pour actes illicites, thèse, Neuchâtel, 1920. — Campion, De l'exercice antisocial des droits subjectifs, La théorie de l'abus des droits, Bruxelles, 1925. — Markovitck, La théorie de l'abus des droits en droit comparé, thèse, Lyon, 1936. — Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 2ème éd., 1939. — Haasan Kira, La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1952, (dactylographiée).

انور سلطان ، نظرية التصسف في استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١٧ ، العدد الاول ، ص ٧١ — ١٣٦ . — حسين مابر ، نظرية سوء استعمال الحقوق ، ١٩٤٧ . — كتابنا أصول القانون ، فصولات ٣٩٩ — ٤١٦ ، ص ١٠٧٩ — ١١٦١ . — ودرؤسنا غير المطبوعة في « نظرية التصسف في استعمال الحق » لطلبة دبلوم الدراسات العليا للقانون الخاص بجامعة الاسكندرية عام ١٩٥٩/١٩٦٠ .

الاسلامية . فالتانون الرومانى ، وان لم يقب نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق ، الا ان من المؤكد انه قد عرف — فى صدد بعض الحقوق — فكرة التعسف فى صورتها البدائية الضيقة وهى صورة تعدم الاضرار بالغير (١) . والشريعة الاسلامية مكنت لفكرة التعسف فى استعمال الحق (٢) واعطتها اوسع تصوير ممكن وصلت اليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة . فالحقوقى فى نظر فقهاء هذه الشريعة ليست الا منحة من الله وهو المشرع الاسمى ، يمنحها لعباده من أفراد الناس لتحقيق غاية معينة ، بحيث يبدو طبيعيا وجوب استعمال الحقوق وفق هذه الغاية . ولذلك لم تنحصر فكرة التعسف عند فقهاء الشريعة الاسلامية فى صورة تعدم الاضرار بالغير على النحو الذى كانت عليه فى القانون الرومانى ، بل اتسعت لتشمل صوراً اخرى : كتخلف المصلحة عند صاحب الحق ، والضرر العام ، والضرر الفاحش الذى ينجم عن استعمال الحق (٣) .

وقد اتيح لفكرة التعسف فى استعمال الحق ان تثقل من القانون الرومانى الى القانون الفرنسى القديم ولكن على نحو أكثر اتساعا ، اذ اصبح التعسف متجسقا — لا باستعمال الحق بنية الاضرار وحسب — بل كذلك باستعماله دون مصلحة لصاحبه (٤) . ولكن هذه الفكرة لم تلبث أن انتكست وتراجعت

(١) فى هذا المعنى :

Perrochet, thèse précitée, p. 59. — Mazeaud, *Traité de la responsabilité*, t. I, No. 555. — Notre thèse précitée, p. 4.

كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨١ .

(٢) راجع ، بخاصة ، فى فكرة التعسف فى استعمال الحق فى الشريعة الاسلامية :

Fathy, *La doctrine musulmane de l'abus des droits*, thèse Lyon, 1913.

السعيد مصطفى السعيد ، فى مدى استعمال حقوق الزوجية وما تنهيه به فى الشريعة الاسلامية والقانون المصرى الحديث (دراسة فى نظرية سوء استعمال الحقوق) ، رسالة من القاهرة ، ١٩٣٦ ، وبخاصة ، ص ٢٤ — ٤٢ . — صبحى بصماتى ، النظرية العامة للوجبات والاعتود فى الشريعة الاسلامية ، الجزء الاول ، ١٩٤٨ ، ص ٤١ — ٥٣ .

Fathy, thèse précitée, Nos. 153 et s. (٣)

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 556. — Planiol, Ripert et Esmein, (٤)
Traité pratique de droit civil français, t. VI, 2e éd., 1962, No. 573.

أمام انتصار النزعة الفردية على يد الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر. وكان طبيعياً أن يتأثر التقنين المدني الفرنسي الصادر غداة هذه الثورة في مطلع القرن الماضي بهذه النزعة وماتعلنه من فكرة سيادة الفرد وحرية الكاملة وخاصة في استعمال حقوقه استعمالاً مطلقاً دون تعقيب عليه في ذلك من قبل القضاء .

ولانعيد القول في انتقاد المذهب الفردي ولائها جره تطبيقه من نتائج ظاهرة كثيرة ، فقد فصلنا ذلك من قبل . وإنما يعيننا في هذا المقام أن تكاثر الهجوم على المذهب الفردي وابتداء ظهور الدعوة للمذهب الاجتماعي ، لم يلبث أن حمل القضاء الفرنسي منذ أواسط القرن الماضي — رغم عبارات النصوص المشبعة بروح الفردية ومعنى إطلاق الحقوق — على فرض رقابته على استعمال الحقوق ، وعلى مواصلة السير في طريق هذه الرقابة والتوسعة فيها ، مما انتهى في مطلع القرن الحالي — بمعونة الفقه وتأصيله — إلى إحياء ما اندثر من فكرة التعسف في استعمال الحق ، واستخلاص نظرية عامة كاملة وواسعة لها تجاوز النطاق المحدود الذي كانت عليه في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . ولم يلبث المشرع الفرنسي أن اعتنق نظرية التعسف ، أن لم يكن بنص يفرض مبدأ علماً ، ففي الاقتل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة (١) لمثل هذا المبدأ الذي جرى عليه القضاء وأصله الفقه من قبل .

ثم أطرده واستقر الأخذ بنظرية عامة للتعسف في استعمال الحق في كثير من القوانين الحديثة ، سواء بإجتهادات قضائية جريئة أو بنصوص تشريعية صريحة . ومن بين هذه القوانين القانون الألماني والسويسري والسوفييتي (٢) واللبناني (٣) والمصري .

(١) انظر في ذلك :

Mazeaud, op. cit. t. I. No. 558.

(٢) انظر كتابنا مآلف الذكر ، ص ١٠٨٦ .

(٣) انظر كتابنا المدخل إلى القانون وبخاصة القانون اللبناني والمصري ، بيروت ، ١٩٦٧ ،

ص ٨٨٥ و ٨٨٦ و ٩٠٠ و ٩٠١ و ٩٠٧ — ٩١١ .

نفى القانون المصرى ، ورغم عدم اشتغال التقنين المدنى القديم الا على بضعة نصوص قليلة تأخذ بتطبيقات فردية لنظرية التعسف ، لم يتردد القضاء المصرى حينئذ فى اعتناق هذه النظرية والتوسع فى تطبيقها ، والسير بذلك فى الطريق الذى اختطه الفقه الاسلامى منذ قديم واتبعه القضاء والفقه الفرنسى فى العصر الحديث . لذلك عنى التقنين المدنى الحالى بتقنين مسلك القضاء المصرى فى هذا الصدد وتقرير نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق أهلها مكانا بارزا بين نصوصه التمهيدية ، فنص فى المادة الرابعة على أن « من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر » . وعرض فى المادة الخامسة لضوابط التعسف ومعاييرها التى تجعل استعمال الحق غير مشروع ، فنص على أن « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الاحوال الآتية : (أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير (ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البقة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » .

ولم يكتف المشرع المصرى بتقرير نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق على هذا النحو ، بل جرى كذلك على النص على تطبيقات خاصة لها متعددة (١) .

٣٧١ - منهج البحث

يثر البحث فى نظرية التعسف فى استعمال الحق اول ما يثير مشكلة تحديد ماهية التعسف وتاصيله ، حتى يمكن على هدى ذلك تمييز فكرة التعسف عما قد يشتبه بها من افكار أخرى وتحديد موضع نظرية التعسف ومدى تبعيتها لنظرية المسؤولية التقصيرية أو استقلالها عنها . فاذا فرغنا من ذلك ، تعين

(١) فمن ذلك نصه على أنه « اذا فسح (عقد العمل) بتعسف من احد المتعاقدين ، كان للمتعاقذ الآخر .. الحق فى تمويض ما أصابه من ضرر .. » (م ٢/٦٩٥ مدنى) . وعلى أنه « ... ليس لملك الحائط أن يهجمه مختاراً دون عذر قوى ، أن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » (م ٢/٨١٨ مدنى) .

الوقوف على معايير التعسف وضوابطه . ثم ينبغي بعد ذلك تحديد محل التعسف تحديدا دقيقا يحصر نظرية التعسف في نطاقها الحقيقي وينأى بها عن كل تضخم وهمى تخيل عليها . ويبقى بعد ذلك الكلام في اثبات التعسف وفي جزائه .

المبحث الأول

تلصيل التعسف وموضع نظريته

٣٧٢ — الربط بين التعسف والخطا داخل دائرة المسؤولية التقصيرية — مناقشة هذا الاتجاه ورفضه

يرد الاتجاه السائد عند جمهور الفقهاء الى اليوم « التعسف » الى فكرة الخطا ، ويستبقى على هذا الاساس نظرية التعسف في استعمال الحق داخل دائرة المسؤولية التقصيرية^(١) . ولكن انصار هذا الاتجاه تتفرق بهم المذاهب في سبيل تبرير ذلك على النحو الذى نعرضه ونناقشه فيما يلى :

١ — مذهب التسوية بين « التعسف في استعمال الحق » وبين « مجاوزة الحق » : ظهر الخلط بين فكرة « التعسف في استعمال الحق » *L'abus de droit* وبين فكرة « مجاوزة الحق أو الخروج عنه » *Le dépassement de droit* ، منذ حاول جانب من الفقه الفرنسى في مطلع القرن الحالى تأييد مسلك القضاء الفرنسى في محاربة الاستعمال التعسفى للحقوق عن طريق تطويع النصوص القائمة فى المسؤولية التقصيرية لتقبل واستيعاب فكرة التعسف . وكان ايسر سبيل الى ذلك هو القول بأن فكرة التعسف ليست بالفكرة الجديدة او المستقلة التى تحتاج فى تقريرها أو تأكيدها الى نصوص قانونية جديدة تضيف أو تعدل فى النصوص القائمة ، لان التعسف فى استعمال

(١) وهى المسؤولية التى تتحقق فى جانب من يرتكب خطأ يسبب ضررا للغير ، وتلزمه بقعوضه (م ١٦٣ مئلى مصرى) .

الحق ليس الا خروجا عنه ، والخروج عن الحق عمل غير مشروع (acte illicite) — دون جدال — تحت احكام المسؤولية التقصيرية التقليدية .

وقد تزعم هذا المذهب ودافع عنه ببراءة الفقيه الفرنسي الكبير «بلاتنيول» (Planiol) . ومنطقه في ذلك ان الحق ينتهى حين يبدأ التعسف ، فلا يوجد ثم استعمال تعسفى لحق ما ، لذلك السبب البديهي من أن نفس الفعل لا يمكن أن يكون في آن واحد موافقا للقانون ومخالفا له . فاذا كان هناك تعسف في سلوك الافراد ، فلا يكون ذلك حينما يستعملون حقوقهم وانما حين يجاوزونها او يخرجون عنها . اذ الحقوق ليست مطلقة ، بل هي مقيدة في اغلبها بحدود تحد من نطاقها وشروط تقيد من استعمالها ، والخروج عن هذه الحدود أو عدم مراعاة تلك الشروط معناه العمل دون حق (١) .

ولكن منطق هذا المذهب ، رغم وجاهته البادية ، منطق شكلي يتلاعب بوحدة اصطلاح « الحق » و « القانون » في اللغة الفرنسية (٢) ، ليظهر تناقضا منطقيا بين اعتبار الفعل التعسفى مخالفا للقانون واستمرار اعتباره داخلا في حدود الحق واستعمالا له . وما من شك في ان الفعل الواحد يستحيل ان يكون موافقا للقانون ومخالفا له في نفس الوقت . ولكن ليس ما يمنع من أن يكون الفعل الواحد موافقا لحق من الحقوق لانه يدخل في نطاقه ومضمونه ، ومخالفا في آن واحد للقانون في مجموعه (٣) ، وهذا هو جوهر فكرة التعسف في استعمال الحق ومعناه .

ففكرة التعسف انما تقتضى وجود فعل يدخل في حدود مضمون الحق فيكون مشروعاً في ذاته لانه سلطة من السلطات التي يخولها الحق لصاحبه ، ولكنه يتقلب معيها أو غير مشروع لاتحراف في غرضه أو نتيجته . والتعسف

(١) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. II, 10 e. éd. 1932, No. 871.

(٢) وهو اصطلاح (٣) Josseland, op. cit., No. 245

على هذا النحو ، يتميز تميزا واضحا عن مجاوزة الحق أو الخروج عنه ، الذى يفترض بداهة عملا يجاوز حدود مضمون الحق فلا يعتبر بحال من الاحوال مشروعا فى ذاته . فالفارق اذن ظاهر بين العمل التعسفى وبين العمل المجاوز للحق ، اذ بينما يكون الاول مشروعا فى ذاته ولكنه معيب فى غرضه أو نتيجه ، يكون الثانى غير مشروع فى ذاته أصلا . فالمالك الذى يجور على ملك جاره ويبنى فيه ، انما يأتى عملا مجاوزا لحقه وخارجا عن حدود مضمونه ، فيكون عمله غير مشروع فى ذاته . بينما المالك الذى يبنى جدارا فى ملكه ولكنه يرتفع بالجدار ارتفاعا شاهقا لمجرد الاضرار بجاره ومنع الضوء والهواء عنه ، انما يتعسف فى استعمال حق ملكيته دون أن يجاوز حدود هذا الحق بحال من الاحوال ، لان حقه يخول له البناء فى ملكه ، فمجرد بنائه فيه يعتبر عملا مشروعا فى ذاته لانه داخل فى حدود مضمون حقه ، ولكنه يعتبر تعسفيا رغم ذلك لما يشوبه من عيب وانحراف فى غرضه مآتاه مجرد الرغبة فى استخدام هذه السلطة المشروعة التى يخولها له حقه فى الاضرار بغيره .

وعلى هذا النحو ، يجب التمييز بين صورة « الخروج عن الحق » وصورة « التعسف فى استعمال الحق » . فالمشكلة التى تثيرها الصورة الاولى انما تتعلق بمضمون الحق، فيكون الفعل المجاوز للحق فعلا غير مشروع فى ذاته ، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء اليه ذاتيا ويمتنع الاتيان به امتناعا مطلقا . بينما المشكلة التى تثيرها الصورة الثانية تتعلق بغاية الحق لا بمضمونه ، فلا ينصرف عدم المشروعية الى ذات الفعل التعسفى وانما الى غرضه ، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء الى غرضه المنحرف فحسب دون مساس بمضمون الحق أو السلطة الوارد عليها التعسف . ولذلك يظل لصاحب الحق — رغم الحكم بالجزاء على فعله المكون للتعسف — القدرة على معاودة ذات الفعل دون خطر التعرض للجزاء ، طالما يبتغى به حينئذ غرضا غير مشوب(١).

(١) انظر فى تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 175-177.

وما دامت فكرة التعسف لا تمس مضمون الحق وانما تمس غايته ، فمن غير المقبول اذن القول بأن تحريم الاغراض المنحرفة في استعمال الحق يضيف حدا جديدا الى حدود الحق المادية الاصلية بحيث يعتبر خرقه كخرقها خروجاً عن الحق ، اذ حدود الحق انما تنصرف الى مضمونه وسلطاته وهما لا يتغيران بفرض رقابة على اغراض استعماله (١) .

وعلى اى حال فقد بات مستقرا اليوم عند جمهور الفقهاء (٢) التمييز بين « التعسف في استعمال الحق » وبين « الخروج عن الحق أو مجاوزة الحق » . ولذلك اذا اريد استبقاء فكرة التعسف في نطاق المسؤولية التقصيرية ، فينبغى البحث عن اساس آخر غير الزعم باعتبار التعسف خروجاً عن الحق أو مجاوزة له .

٢ — مذهب التسوية بين التعسف وبين الخطأ التقصيرى : يرى هذا المذهب في التعسف في استعمال الحق تطبيقاً عادياً من تطبيقات الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية (٣) . ذلك انه اذا كان الخطأ في المفهوم الحديث انحرافاً في السلوك المألوف للشخص العادى ، فهو متصور في استعمال

(١) Notre thèse précitée, pp. 178, 179

(٢) انظر خاصة :

Porcherot, thèse précitée, p. 106. — Bonnecase, op. cit., t. III, Nos. 226, 227. — Josserand, op. cit., Nos. 245 - 247, 261. — Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Rev. trim. de droit civil, 1944, pp. 1 et s.v.p. 4, No. 5. — Dabin, pp. 271, 285. — Notre thèse précitée, pp. 172-183.

عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٤٤ و ٥٥٦ . — انور سلطان ، المقالة المسماة ، ص ٩٩ .

(٣) انظر ، خاصة ، في الاخذ بهذا المذهب :

Jannot, De la responsabilité civile par suite de l'abus du droit, thèse, Dijon, 1906, p. 140. — Mazeaud, Traité de la responsabilité, t. I, Nos. 563, 564, 576 - 581. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. II, No. 234.

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٥٢ و ٥٥٧ و ٥٥٩ . — احمد حشمت أبوستيت ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، ١٩٥٥ ، فقرات ٤٢٢ - ٤٤٤ . — عبد النعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرات ٢٥ - ٤٤٥ . — اسماعيل غاتم ، ص ١٦٤ . — ١٦٧ .

الحقوق تصوره في ممارسة الرخص العامة على السواء . وإذا كانت هذه الحقيقة قد حجبها ما كان سائدا في القرن الماضي من مبدأ إطلاق الحقوق ، فلم يعد ثم ما يمنع اليوم من اعلانها وتأكيدھا ، بعد أن اندثر هذا المبدأ وبات من المسلم فرض رقابة على استعمال الحقوق . فارتفع بذلك التناقض المنطقي المزعوم بين الخطأ وبين استعمال الحق .

وإذا كان من غير المنكور ما يمتاز به هذا المذهب من وضوح ، وما يحققه من وحدة احكام المسؤولية الناشئة عن ممارسة الرخص العامة وتلك الناشئة عن استعمال الحقوق ، وما ييسره من أمر تحديد معيار التعسف بالاكفاء برده الى معيار الخطأ التقصيري المعروف وهو الاعتراف عن السلوك المألوف للشخص العادي ، الا أن كل هذه الميزات من الوضوح والتحديد والتيسير انما تتحقق على حساب فكرة الحق وفكرة الخطأ نفسها .

فمركز صاحب الحق في استعمال حقه ، لا ينبغي أن يسوى بمركز الشخص في ممارسة رخصة من الرخص العامة ، حتى يقال أن التعسف في الصورة الاولى هو ذات الخطأ في الصورة الثانية . ففي مجال الحريات او الرخص العامة حيث يقف الجميع على قدم المساواة ويستعملون نفس الحريات والرخص في نفس الوقت ، لا يحتاج الامر الا الى التنسيق في هذا الاستعمال الجماعي المتعاصر، وهو ما لا يتحقق الا بالتزام كل فرد قبل الآخرين بالعمل بتبصر وبقظة وحيطة حتى لا يحد مصالحهم من نفس الحريات المماثلة . أما في مجال الحقوق ، حيث صاحب الحق ذو مركز ممتاز بالنسبة الى الباتين لما يختص به القانون على محل معين من سلطة استثنائية يملكها دون غيره، فيجب التأكد من أن هذه السلطة سوف تستخدم لتحقيق الغاية المعطى من أجلها الحق لا لمناقضتها ، وهو ما يقتضى قياس مسلك صاحب الحق في استعمال حقه وفق هذه الغاية المعينة لا وفق فكرة الحيطة او اليقظة العامة، مما يعنى إمكان توافر التعسف كلما انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الاخلال الذي يكون الخطأ في المعنى الفني الدقيق . وبذلك يوجد التعسف ولو لم

تتوافر له مقومات الخطأ . فلا يغنى اذن عن صاحب الحق شيئا ما قد يتخذه في استعمال حقه من حيلة وتبصر ويقظة تنفى عنه الخطأ ، اذا كان بهذا الاستعمال يناقض غاية الحق . وعلى هدى ذلك ، يتوافر لفكرة « التعسف » أساس وجود مستقل عن فكرة « الخطأ » وبمعزل عنها ، غيبناها يعني « التعسف » تخلف غاية الحق او مناقضتها ، يعنى « الخطأ » الانحراف عن السلوك المألوف (١) . والقول باعتبار التعسف تطبيقا من تطبيقات الخطأ ، يتجاهل ما للحق من غاية يجب الاعتداد بها في وزن استعماله ، ويقحم على الخطأ فكرة لا تدخل في مدلوله الدقيق .

واستقلال فكرة التعسف عن فكرة الخطأ أمر يحتته كذلك كون التعسف — فيما يولده من مسئولية صاحب الحق — انما يولدها داخل دائرة المشروعية ورغما عنها ، بينما يولد الخطأ المسئولية خارج دائرة المشروعية أصلا (٢) . والقول بتسوية التعسف بالخطأ يتناقض كذلك مع تمييز أصحابه (٣) في نفس الوقت بين « التعسف في استعمال الحق » وبين « مجاوزة الحق » ، اذ ما فائدة مثل هذا التمييز اذا كانت نهاية المطاف هي تسوية صورة « التعسف » بصورة « المجاوزة » في التوافر على معنى الخطأ ؟ . والا يفرض منطق التمييز بينهما رد المسئولية الناشئة عنهما الى مصدرين مختلفين ؟ .

٣ — مذهب اعتبار التعسف نوعا متميزا من الخطأ : حاول جانب من الفقه (٤) تأصيل التعسف على نحو اقل استهدانا للنقد من التأصيل السابق

Notre thèse précitée, pp. 186, 187 (١)

Notre thèse précitée, pp. 187, 188 (٢)

(٣) انظر خاصة :

Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 550, 551.

(٤) انظر خاصة :

Cézar-Bru et Morin, La faute, le risque et l'abus du droit, Annales des Facultés de droit et des lettres d'Aix, 1906, t. II, pp. 63 et s. — Demogue, Traité des obligations en général, t. IV, Nos. 678, 686. — Josserand, op. cit., Nos. 260 - 262, 298.

ولكن دون الخروج به من دائرة المسؤولية التقصيرية ، فاعتبروا التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ أو خطأ ذات طبيعة خاصة (sui generis) يستقل من حيث المناط والنطاق عن الخطأ العادى التقليدى ، اذ هو خطأ يرتعن بروح الحق وغايته الاجتماعية (١) ، وهو ما يخرج به عن مدلول الخطأ العادى ويثير مشكلة ضمير جماعى لا مشكلة ضمير فردى كالخطأ التقليدى (٢) ، فهو اذن خطأ خاص أو « خطأ اجتماعى » (faute sociale) يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية .

ويجب الاعتراف بأن هذا المذهب يمثل خطوة تقدمية بالنسبة الى مذهب تسوية التعسف بالخطأ العادى ، اذ يؤصل التعسف على نحو أكثر احاطة بحقيقة مدلوله وصلته بغاية الحق ، ولكن عيبه الاساسى ينحصر فى توقفه فى منتصف الطريق وعوده عن الوصول الى النتيجة الحتمية التى يقود اليها منطق مقدمته . ذلك انه اذا كانت فكرة الخطأ بمعناه التقليدى قاصرة فى نظر هذا المذهب عن الاحاطة بفكرة التعسف ، لارتباط هذه الفكرة الاخيرة بغاية الحق التى يخرج البحث فيها عن نطاق فكرة الخطأ العادى ، فلا يوجد أى معنى للتشبيث بفكرة الخطأ ومحاولة ابتداع نوع متميز منه للدلالة على ما تعنيه فكرة التعسف . وليس من فائدة تعود من القول بازدواج الخطأ على هذا النحو فى نطاق نفس المسؤولية . فيصبح من الواجب اذن اطراح فكرة الخطأ والخروج من دائرة المسؤولية التقصيرية للبحث خارجها عن اساس مستقل للتعسف (٣) .

٢٧٣ — ارتباط التعسف بفكرة الحق ، واستقلاله بنظرية عامة خارج دائرة المسؤولية التقصيرية

ينبغى ، للوصول الى تأصيل صحيح لفكرة التعسف فى استعمال الحق

Josserand, op. cit., No. 261, pp. 359, 360; No. 298, pp. 405, 406 (١)

Cézar-Bru et Morin, article précité, p. 100 (٢)

Notre thèse précitée, pp. 196-199 (٣)

وتحديد سليم للموضع الطبيعي لنظرية التعسف ، اطراح الظروف التى صاحبت فى القانون الحديث ظهور فكرة التعسف ، وفرضت نفسها من قبل أى تدخل تشريعى على الفقه والقضاء لاعطاء التعسف تأصيل الخطأ واستبقائه داخل دائرة المسؤولية التقصيرية . ذلك ان اطراح النزعة الفردية بما كانت تستتبعه من مبدأ حصانة صاحب الحق فى استعمال حقه ، اضطرت الفقه والقضاء — امام خلو التشريع فى اول الامر من نص يقرر كمبدأ عام مساءلة أصحاب الحقوق عن انحرافهم فى استعمالها — الى التماس أساس مقبول ومسلم من صلب نصوص التشريع القائم لفرض رقابة على استعمال الحقوق . ولم يكن ثم أفضل ولا اقرب فى هذا الشأن من الاستناد الى النصوص المقررة للمسؤولية التقصيرية ، واعتبار التعسف ضربا من الخطأ العادى — سواء بالنظر الى التعسف كخروج عن الحق أو غير خروج عنه — أو نوعا خاصا من الخطأ قائما بذاته. وبذلك لم يكن الاستناد حينئذ الى الخطأ لتبرير تعقب التعسف فى استعمال الحقوق ومنعه الا مجرد تبرير مرحلى ، يحجب الثورة على الاصول القانونية التقليدية فى غيبة النص التشريعى على مبدأ عدم التعسف . اما وقد دخلت القانون الحديث اليوم نصوص تشريعية تعلن هذا المبدأ بما يجعل منه أصلا من الاصول القانونية المقررة ، ففسد اصبح من الواجب تخطى هذه المرحلة وامعان النظر فى جوهر فكرة التعسف وحقيقتها .

والواقع ان فكرة التعسف ترتبط أساسا بفكرة الحق وما يمثلها من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لفاية معينة ، اذ بذلك ترتب حماية القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الفاية وترتفع بالانحراف عنها . ذلك أن الحقوق — بما تخول من سلطات استثنائية معينة لبعض الأشخاص دون بعض أو على حساب بعض ، وبما تؤدى اليه من وضع الامراد فى مراكز غير متساوية قبل بعضهم البعض — لا يتصور أن تكون مقررة بوصفها غاية فى ذاتها وانما بوصفها وسيلة لادراك غاية معينة . وهو ما يبرهنها — بوصفها تمثل قيما اجتماعية يحميها القانون — بتحقيق هذه الغاية أو عدم

مجانفاتها ، بحيث تظل حماية القانون مبسطة عليها او ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة استعمالها او مناقضته لغايتها . وبذلك يتفرع عن اعتبار الحقوق وسائل لاغايت اعتبارها من حيث الاستعمال نسبية لا مطلقة ، وهو ما يقتضى اخضاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التعسف فيه بالخروج به عن غايتها . ولذلك فان « التعسف » يتوافر اذا انحرف صاحب الحق فى استعماله عن غايته ، حتى ولو لم يكن قد اخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الاخلال الذى يكون الخطأ فى المعنى الدقيق ، وهو ما ينصم بين « التعسف » و « الخطأ » ويخرجه بالتالى من دائرة المسؤولية التقديرية ليستوى مبدا عاما ونظرية أساسية ملازمة وداخلة فى النظرية العامة للحق .

وبذلك تبدو فكرة التعسف متعلقة أساسا بتصوير الحق ، اذ هى فى حقيقتها وزن لاستعماله على ضوء غايته ، مما يجعلها فكرة ملازمة ومكاملة لفكرة الحق ، بحيث لا يستقيم النظر اليها بمعزل عنها ولا تكتمل صياغة نظرية عامة للحق دونها . بل أن فكرة التعسف تصبح فى الواقع هى التصحيح او التقويم اللازم لفكرة الحق . فبدونها وبدون ما تحققه من رقابة على استعمال الحقوق ، تبدو فكرة الحق — بما تعنيه من امتياز واستثناء — اهلا لما تعرضت له من انكار (١) . ويفضل فكرة التعسف ، نستطيع تأكيد استبقاء فكرة الحق كفكرة أساسية فى النظام القانونى ، دون حاجة الى الغائها او تحويلها — كما يقترح البعض — الى فكرة واجبووظيفة اجتماعية خالصة (٢) .

ومن ناحية اخرى ، فالمشكلة التى تثيرها فكرة « التعسف » مشكلة اولية سابقة على مشكلة المسؤولية (٣) لا يتصور التماس حلها الا على ضوء

Saleilles, De la personnalité juridique, 2e. éd. 1922, p. 547. (١)

Notre thèse précitée, p. 234 (٢)

وانظر كذلك سابقا ، ص ١٠ .

(٣) فى هذا المعنى :

Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4e. éd. 1949, No.94.

حقيقة الحق وجوهره وبالتالي في ظل نظريته العامة وحدها . ذلك أن حل مشكلة التعسف يقتضى الاختيار أولا بين الإطلاق أو النسبية في استعمال الحقوق . ثم يقتضى — إذا وقع الاختيار على النسبية — تحديد مداها ومدى رقابة الحقوق ، وهو ما لا يتصور تحقيقه داخل إطار المسؤولية التقصيرية أو استخلاصه من مبادئها وقواعدها . بل يرتن ذلك بفكرة الحق ودوره أو وظيفته ، وبفكرة العدل ومدلوله ، وبالنظرة الى القانون وغايته من الفردية أو الاجتماعية أو من التوازن بين النزعتين ، وكل هذه مسائل تخرج — كما هو ظاهر — عن نطاق المسؤولية (١) .

وإذا حلت مشكلة التعسف أوليا على هذا النحو ، فليس من الحتم أن تثور بعد ذلك دائما مشكلة المسؤولية . فقد يحرم صاحب الحق من استعماله على نحو تعسفى ابتداء ، وهو ما يمنع وقوع الضرر أصلا ويتفادى بالتالى قيام مشكلة المسؤولية . ففكرة التعسف إذن تجاوز فكرة المسؤولية في اقتصرها على رفع الضرر الواقع أو التعويض عنه ، فتحقق كذلك فكرة التوقى من الضرر بمنع وقوعه أصلا عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه استعمالا تعسفيا (٢) . فكثيرا ما يحتاج صاحب الحق الى اللجوء الى القضاء مطالباً بالاعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله على نحو معين ، وهنا لا يكفى لاجابة طلبه أن يتأكد القاضى من وجود الحق المدعى فحسب ، بل يجب أن يتحقق كذلك من أن الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف . وفى حالة التعسف ، يكتفى برفض طلب صاحب الحق ، وهو ما يمنع من وقوع الاستعمال التعسفى أصلا ،

(١) Notre thèse précitée, pp. 235, 236

(٢) فى هذا المعنى :

Ripert, *ibid.* — Dabin, *op. cit.*, p. 303. — Notre thèse précitée, pp. 236-240.

فلا تثار حينئذ مشكلة مسئولية بل يمنع ذلك في الواقع قيامها من بعد (١) .

وعلى هذا النحو ، تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق بدور وقائي (٢) ودور علاجي على السواء ، بما تفرض على استعمال الحقوق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الاحوال . وفي ذلك ما يبرر — بالنظر الى اتساع دورها على هذا النحو اتساعا يجاوز ما تقتصر عليه فكرة المسئولية من دور علاجي فحسب — استقلال فكرة التعسف بكيان ذاتي خارج نطاق المسئولية التقصيرية .

وبذلك يخلص من كل ما تقدم أن فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق ، وانها تثير مشكلة اولية سابقة على مشكلة المسئولية ، وتجاوز في دورها وجزائها الدور والجزء التعويضي البحت الذي تقتصر عليه فكرة المسئولية ، وانها لكل اولئك يجب أن تتوافر على كيان ذاتي خارج دائرة المسئولية التقصيرية ، لتصبح نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق .

وكثير من القوانين الحديثة التي تأخذ صراحة بنظرية عامة للتعسف في استعمال الحق — كالتقنين المدني السويسري والتقنين المدني السوفييتي (٣)

(١) راجع في تفصيل ذلك .

Notre thèse précitée, pp. 237 et s.

(٢) من الامثلة في القانون المصري على هذا الدور الوقائي ما سبقت الإشارة اليه من أن قانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ يعلق استعمال المؤلف ما يخوله حقه من سلطة سحب مصنفه من التداول أو ادخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالي على موافقة المحكمة (انظر سابقا ، ص ٤٧٧) مما يجعل للقضاء رقابة مبتدأة على استعمال هاتين السلطتين يملك بمقتضاها — عند تخطف المبرر المشروع وتبين التعسف من جانب المؤلف — رفض الاذن له في الإقدام على مثل هذا الاستعمال . وكذلك فان ما ينص عليه التقنين المدني من أنه اذا كان في التنفيذ المعنى ارهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، اذا كان ذلك ، لا يلحق بالدائن ضررا جسيما « (م ٢/٣٠٢ مدني) ، يعني أنه اذا تعسف الدائن في اقتضاء ماله من حق في التنفيذ المعنى لغير مصلحة جيدة ، منع من ذلك وأجبر على قبول التعويض النقدي (انظر في ذلك : اسماعيل غانم ، ص ١٦٥) .

(٣) انظر في تصوم هذين التقنينين : كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨٦ .

والتقنين المدنى المصرى (١) — يؤيد هذا النظر من اعتبار هذه النظرية نظرية مستقلة ذات كيان ذاتى لا مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ أو المسئولية . وهذا ظاهر من حرصها على وضع هذه النظرية بين نصوصها التمهيدية لا ضمن النصوص الخاصة بالمسئولية التقصيرية (٢) .

المبحث الثانى

معايير التعسف وضوابطه

٣٧٤ — اصول ووسائل تحديد معيار التعسف

يثر تحديد معيار التعسف مشكلتين رئيسيتين : الاولى تتعلق بالاصول التى تحكم هذا التحديد ، والثانية تتعلق بالوسائل أو الأدوات الفنية التى تعبر عن هذه الاصول وتحققها .

١ — اصول تحديد معيار التعسف : تتمين الاصول التى تحكم تحديد معيار التعسف على ضوء تأصيل التعسف وتكييفه من ناحية ، وعلى ضوء نظرية التعسف ووظيفتها من ناحية ثانية . وقد رأينا أن تأصيل التعسف يقوم أساسا على الربط بين فكرة التعسف وبين فكرة الحق ، باعتبار مشكلة

(١) انظر في تلكيد الفكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى لهذا التقنين استقلال نظرية التعسف عن النظرية العامة للمسئولية التقصيرية : مجموعة الاممال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٧ ، ج ٢ ، ص ٣٥٠ و ٣٥١ .
ولكن انظر عكس ذلك : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٥٧ و ٥٦٤ .
— جيل الشراوى ، ص ٢٤٦ . — عبد النعم البدرائى ، فقرة ٥٥٤ ، ص ٨١٦ . — عبد النعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرة ٤٢٨ .

(٢) رغم أن جمهور الفقه الفرنسى ما زال يستمك — مؤيدا في ذلك القضاء — باعتبار التعسف تطبيقا عاديا أو خاصا لفكرة الخطأ ويستبقى بذلك نظرية التعسف في استعمال الحق داخل نطاق النظرية العامة للمسئولية التقصيرية ، وأن ذلك أبر مفهوم في غيبة النص التشريعى في القانون الفرنسى على نظرية عامة للتعسف ، إلا أن ثم اتجاها بدأ يقوى أخيرا في محيط هذا الفقه داعيا الى اخراج نظرية التعسف من دائرة المسئولية باعتبارها مبدأ من المبادئ العامة للقانون في شأن تحديد مدى استعمال الحقوق ، وانتهت لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى الحالى الى بنى هذا الاتجاه (انظر كتابنا سالف الفكر ، هامش « ٢ » ص ١٠٨٧ ، وهامش « ٣ » ص ١١٠٦) .

التعسف في حقيقتها مشكلة تحديد مدى استعمال الحق . وفي هذا الصدد تبدو أهمية دور نظرية التعسف ووظيفتها في تحديد معياره .

وقد ذهب بعض الفقهاء الى قصر دور نظرية التعسف على مجرد دور أخلاقي تشيع به الروح الاخلاقية السامية في استعمال الحقوق (١) ، وهو ما تأدى بهم الى التضيق في مدلول التعسف الى حد حصر معياره في نية الاضرار عند صاحب الحق دون نفع ظاهر يعود عليه ، او — عند تخلف هذه النية — في عدم مبالاته بما ينتج عن استعمال الحق من ضرر (٢) . ولكن اعتبار دور نظرية التعسف في استعمال الحق على هذا النحو دورا اخلاقيا، يهدد بطمس معالم الحدود بين القانون والاخلاق رغم اختلافهما البين في الهدف والغاية كما سبق القول . وكذلك فالتضيق في معيار التعسف نتيجة حصر دور نظرية التعسف في دور أخلاقي محض ينتقص كثيرا من قيمة هذه النظرية وأهميتها ، ويطلق العنان لاصحاب الحقوق في استعمالها طالما لا يحمل هذا الاستعمال معنى المخالفة الاخلاقية رغم ما قد يعنيه من مجافاة غاية الحق او اضرار صالح الجماعة (٣) .

والواقع ان الدور الصحيح لنظرية التعسف في استعمال الحق ينبغي تحديده على ضوء ما سبق ذكره من أن الحقوق ليست غاية في ذاتها وانما هي مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة ، بحيث يكون من الطبيعي وجوب

(١) انظر في هذا الاتجاه خلاصة :

Saleilles, Rapport présenté à la première sous-commission de La Commission de révision du Code civil, Bulletin de La Société d'études législatives, 1905, pp. 325 et s V. pp. 334 et s. — Bonnetcase, op. cit., t. III, Nos. 225, 236, 237. — Ripert, La règle morale, Nos. 89, 94, 102. — Dabin, op. cit., pp. 293-300.

Dabin, op. cit., p. 300

(٢) انظر في انتقاد الدور الاخلاقي المنسوب الى نظرية التعسف :

Notre thèse précitée, pp. 224-227.

التزام الاستعمال الواقعي للحقوق حدود غايتها . وبذلك تبدو فكرة التعسف مرتبطة أساسا بغاية الحق لا بأصول الاخلاق ، فيتحدد دور نظرية التعسف بتحقيق الاستعمال الموافق لغاية الحق لا بالاستعمال الاخلاقي للحق ، ويكون ما تعلنه هذه النظرية من نسبية الحقوق نسبية غائية لا نسبية اخلاقية . وفي ضوء اعتبار نظرية التعسف نظرية تحديد مدى استعمال الحق وفق غايته على هذا النحو ، يتحدد معيار التعسف تحديدا طبيعيا بالانحراف عن غاية الحق (١) . وهذا التحديد بعد ، يحظى بتأييد تشريعي (٢) وفقهي (٣) كبير في القانون الحديث اليوم (٤) .

٢ — وسائل تحديد معيار التعسف : اذا تعينت الاصول التي تحكم تحديد معيار التعسف ، فيجب البحث عن الوسائل والادوات الفنية التي تمكن من التعبير عن هذه الاصول وصياغتها . ونجد في هذا الشأن وسيلتين رئيسيتين : الاولى تكفى بوضع مبدا عام كل العموم يعبر عن

(١) انظر في تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 232-235; 239-241; 278-280.

(٢) انظر خاصة نص التفتين السوفيتي في مادته الاولى على أن « الحقوق المدنية يصحبها القانون الا في الحالات التي تستعمل على نحو يخالف فرضها الاقتصادي والاجتماعي » ، ونص المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبني على أنه « يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزة في اثناء استعمال حقه ... الغرض الذي من أجله منح هذا الحق » .

(٣) انظر ، بخاصة ، في تلييد هذا المعيار ، سواء مع القول ببقاء التعسف داخل دائرة المسؤولية التصديرية أو خروجه منها :

Perrochet, thèse précitée, pp. 253, 254. — Demogue, op. t. IV, Nos. 679, 681. — Jossierand, op. cit., Nos. 291 et s.

(٤) اذا كان بعض الفقهاء ما يزالون يخشون من تحديد معيار التعسف في استعمال الحق على هذا النحو نوقيا — كما يقولون — من تحكم القضاء أو من انزلاقه غيا وراء القانون الى ميدان السياسة وهو ميدان غير مألوف المواقب ، فلا نرى رغم ذلك مبررا لهذا التخويف (انظر Notre thèse précitée, p. 282.) نلتفت دائما خير من يزن الأمور بميزانها الصحيح دون تحكم أو انحراف . فضلا عن أن القاضى — في توليه تحديد غاية الحقوق — لا يتبع آراءه الشخصية ومعتقداته السياسية ، وانما يستلهم روح القانون ومبادئه العامة والتيارات السائدة في الجماعة ، مما يجعل تحديده قريبا على أسس موضوعية مستقرة لا على نزعات شخصية نسبية متغيرة . وأخيرا في وجود محكمة النقض من فوقه كذلك ، وهي الرقابة على صحة تطبيق القانون بها بكل وحدة هذا التطبيقي ، خير ضمان للالتزام الغصد والاعتدال وتوتى التحكم والانحراف في التقدير (انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١١١٠) .

المعيار المختار للتعسف دون تعرض لتفصيل ما يندرج تحت هذا المبدأ من صور متعددة ، والثانية تعدد الصور المختلفة المعبرة عن الأصول المستهدفة دون إبراز المبدأ العام الذى يحكمها .

وإذا كان ينبغي التفضيل بين الوسيلتين في مجال التشريع ، فلا نتردد في تفضيل الوسيلة الأولى . ففضلا عن كونها أكثر مناسبة للعمل التشريعى فهي تعتبر كذلك الوسيلة المرنة المتجاوبة مع التطور ، على خلاف الوسيلة الثانية التى تحصر معيار التعسف في صور محددة لا يلبث أن يتبدى قصورها وعدم احاطتها بكل ما قد يظهره تقدم الزمان وتطور الأوضاع والعلاقات الاجتماعية من ضروب وصور جديدة من التعسف في استعمال الحقوق .

وإذا كنا قد حددنا — على ضوء ما ارتضيناه من أصول — معيار التعسف في استعمال الحق بالانحراف عن غايته ، فنفضل — لما أوضحنا من أسباب — الاكتفاء في التشريع بوضع مبدأ عام يقضى بتحريم الانحراف عن غاية الحق في استعماله (١) وتجريد الحق من حماية القانون بهذا الانحراف ، لا الاقتصار على تعديد أو تحديد صور هذا الانحراف التى تبقى حتما صورا ناقصة غير ملائمة للتطور . وهذا المسلك الذى نفضله ، هو بعد المسلك الذى تسير عليه اليوم كثير من القوانين الحديثة التى تصدت لتقنين لنظرية التعسف في استعمال الحق ، كالقانون السوفييتى والقانون اللبئانى خاصة (٢) .

(١) وينبغي الاكتفاء في ذلك بالإشارة الى غاية الحق عموما دون تحديد أو وصف لهذه الغاية ، لأن الغايات تختلف باختلاف الحقوق وتفاوت طبيعتها والغرض منها . ولذلك نفضل تجنب ما يذهب اليه بعض الفقهاء من وصف هذه الغاية بأنها « غاية اجتماعية » (but social) ، حتى لا ينصرف الذهن — ولو أخذنا بظاهر هذا الاصطلاح — الى اعتبار أن الحق بذلك يصير محض واجب أو وظيفة اجتماعية لتحقيق المصالح العام الاجتماعى وحده دون أى وزن لتحقيق المصالح الفردى (انظر في تفصيل ذلك : Notre thèse précitée, p. 281 — كتابنا سالف الذكر ، هاش « ٢ » ص ١١١٢ — ١١١٣) .

(٢) انظر في معيار التعسف في القانون اللبئانى : كتابنا المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبئانى والمصرى ، ١٩٦٧ ، فقرة ٣٦٣ ، ص ٩٠٧ — ٩١١ .

٣٧٥ — اخذ المشرع المصرى بمجموعة من معايير التعسف وضوابطه

سلك المشرع المصرى الوسيلة الثانية من وسائل تحديد معيار التعسف فى استعمال الحق ، فجرى على تعديد الصور المختلفة للتعسف دون ابراز الاصل الذى يجمعها . اذ نص فى المادة الخامسة من التقنين المدنى الحالى على أنه « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الاحوال الآتية : (١) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير . (ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » . ولكن ينبغى أن نضيف الى هذه المعايير الثلاثة معيارا رابعا هو معيار « الضرر الفاحش » المنصوص عليه فى صدد حق الملكية (م ٨٠٧ مدنى) وهو موطن تطبيقه الرئيسى . فنعرض لهذه المعايير المختلفة فيما يلى ، ثم ننظر من بعد فى تقدير مسلك المشرع المصرى .

٣٧٦ — تمحض قصد الاضرار بالغير

لعل هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأكثرها شيوعا فى الفرائع المختلفة ، لكثرة تسخير الافراد حقوقهم منذ قديم لجرد تحقيق مآرب شخصية فى النكاية والاضرار بالغير . وهذا المعيار ذاتى قوامه توافر نية الاضرار بالغير لدى صاحب الحق وتمحضها لهذا الغرض ، بمعنى أن يكون الاضرار بالغير هو القصد الوحيد من استعمال الحق (١) . واذا توافر التعسف بهذا المعنى ، فلا ينفى ما قد يحققه استعمال الحق من منفعة عارضه لصاحبه لم يقصدها أصلا (٢) . فيتعسف إذن فى استعمال حقه

(١) Notre thèse précitée, p. 264

كتابنا سالف الذكر ، ص ١١١٧ و ١١١٨ .

ولكن انظر عكس ذلك :

عبد الرزاق السنهورى ، ج ١ ، مقرة ٥٦٠ . — انور سلطان ، النظرية العامة فى الالتزام ، ج ١ ، ١٩٥٥ ، ص ٤٤١ . — اسماعيل غنم ، ص ١٦٢ .

(٢) فى هذا المعنى :

الذكر الإيضاحية للمشروع التيمودى لتقنين المدنى ، مجموعة الاعمال النضمية للقانون

المدنى ، ج ١ ص ٢٠٩ .

المالك الذى يغرس اشجارا عالية كثيفة فى أرضه لمجرد حجب الضوء عن جاره حتى ولو عادت هذه الاشجار على الارض بالنفع (١) ، ما دام هذا النفع لم يكن مقصودا فى ذاته بل جاء تحققه عارضا بحتا اذا كان القصد الوحيد من غرسها هو مجرد الاضرار بالجار .

واذا كان اثبت تمحض قصد الاضرار بالغير امرا عسيرا ، فان القضاء كثيرا ما يعتمد فى استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق فى استعمال حقه ، معتبرا هذا الانعدام قرينة على تمحض قصد الاضرار عنده (٢) . فالمالك الذى يقيم حائطاً مرتفعاً على حدود ملكه بحيث يحجب الضوء عن ملك جاره يعتبر بذلك متمحض القصد للاضرار بهذا الجار اذا لم تكن له مصلحة حقيقية فى بناء مثل هذا الحائط المرتفع (٣) . وكذلك الحال فى شأن المالك الذى يقيم سياجا عاليا يطليه باللون الاسود لا لشيء الا لمجرد اظلام بناء جاره دون اى منفعة حقيقية تعود عليه من ذلك (٤) . وكذلك الحال فى شأن صاحب العمل الذى يقدم على فصل العامل لمجرد الانتقام منه ، لانه طالب بالحقوق المقررة له بمقتضى قوانين العمل ، او لانه قام بالشهادة ضد صاحب العمل .

٢٧٧ — انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذى

يحقق بالغير

لا يكفى ان تكون لصاحب الحق مصلحة ولو مشروعة فى استعمال حقه حتى تنتفى عنه شبهة التعسف ، فمن اليسر الادعاء بوجود مثل هذه

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ١ ، فقرة ٥٦٠ .

(٢) فى هذا المعنى :

Mazeaud, op. cit., t. I. No. 596.

المذكرة الايضاحية للمشروع النيجدى ، مجموعة الاعمال التفسيرية للعلّون المدنى ، الموضع السابق .

(٣) فى هذا المعنى :

Appel mixte: 17 Avril 1919. B. 13, 252; 12 Déc. 1924. Gazette, 15. 86, 126; Nov. 1929. B. 42. 27.

مصر الكلية ٢١ مايو ١٩٢٧ ، الحامية ٧٤/٢١/١٨ .

Trib. civ. Sedan 17 Déc. 1901. S. 1904. 2. 217, Note Appert. (٤)

المصلحة في الصور التي لا يكون قصد صاحب الحق متحضا للاضرار بالغير . ولكن ينبغي أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة ثبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق . أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس الى الضرر الذى يعود على الغير بحيث لا يوجد بينهما تناسب اطلاقا ، فذلك دليل على الانحراف في استعمال الحق .

وواضح أن هذا المعيار موضوعى لا شخصى كالمعيار السابق ، قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق . وهو أمر تقدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . والواقع أنه كثيرا — وان لم يكن دائما — ما يكون في وجود مثل هذا التفاوت الجسيم قرينة على قصد الاضرار بالغير (١) دون أن يتمحض القصد من استعمال الحق لذلك .

وقد طبق المشرع المصرى هذا المعيار في صور كثيرة . ومن ذلك نصه على أنه « ليس لمالك الحادث أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، أن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » (م ٢/٨١٨ مسنى) . ذلك أن الحادث الفاصل مادام مملوكا ملكية خالصة لأحد الجارين ، فلما لكة سلطة هدمه . غير أنه لما كان بناء الجار مستترا بهذا الحادث ، فيجب حتى يعتبر الهدم مشروعا أن يوجد تناسب بين المنفعة التى تعود على مالك الحادث من هدمه وبين الضرر الذى يلحق الجار نتيجة ذلك . وهذا التناسب يقوم إذا وجد لدى المالك باعث قوى يبرر الهدم من استهداف منفعة كبيرة تتوازى على الأقل مع الضرر العائد على الغير . أما إذا لم يوجد باعث على الهدم ، أو وجد باعث ولكنه ليس قويا بحيث يبرره ، فيعتبر ذلك قرينة على التعسف في استعمال حق الملكية بابتغاء تحقيق مصلحة ضئيلة تافهة لا تستاهل حماية القانون أمام ما يصيب الجار في مقابلها من أضرار جسيمة فادحة .

(١) في هذا المعنى :
المذكرة الإيضاحية للمشروع التجهيذ للتقنين المدني مجموعة الامسائل التحضيرية للقانون
المدنى ، ج ١ ص ٢١٠ .

ومن تطبيقات المشرع كذلك لهذا المعيار ما يقضى به من ان « المالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، اذا لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (م ١٠٢٩ محنى) .

وكذلك يعتبر من تطبيقات هذا المعيار تخير صاحب الحق — من بين الطرق الممكنة المتعددة لاستعمال حقه — الطريقة الأكثر اضرارا بالغير دون نفع ذي قيمة كبيرة له (١) . وذلك كمالك يقيم مدخنة في مكان معين من بنائه بحيث تضر بالجار ، وكان يمكنه — دون ضرر أو فوات منفعة عليه هو — تجنب ملك الجار هذا الضرر أو التقليل منه باقامتها في مكان آخر من البناء (٢) .

٣٧٨ — عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق

لا يكفى أن تكون المصلحة التى يرمى صاحب الحق الى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة أو نفع ولو كبير له ، بل يجب أن تكون هذه المصلحة كذلك مشروعة . ذلك أن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون الا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة ، فالاتحراف عن ذلك وتسخير الحقوق في سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون .

وبناء على هذا المعيار ، يعتبر متعسفا في استعمال حقه : المالك الذى يطالب باخلاء المنزل من مستأجره بحجة حاجته الى السكن فيه ، بعد محاولته زيادة الاجرة فوق ما يسمح به القانون واخفاقه في ذلك (٣) . والمالك

(١) يجرى القضاء الفرنسى كذلك على اعتبار هذه الصورة من صور التعسف في استعمال الحق ، انظر خاصة : Trib. civ. Draguignan, 17 mai 1910. D. P. 1911. 2. 1933. — Req. 20 Mars 1929. S. 1930. 1. 45. — Paris 28 octobre 1941. Gaz. Pal. 1941. 2. 490.

Appel mixte, 25 novembre 1880. D. 6. 8. (٢)

Trib. paix Vanves, 24 Août 1926, 2ème espèce, Répertoire (٣)
Commalle, 1926. I, p. 349.

الذى يتمتع عن الترخيص بالاجار من البطن او التنازل عن الاجار ، حيث يكون ذلك معلقا على موافقته بمقتضى العقد ، دون سبب مشروع (١) او بقصد الحصول على مقابل لذلك او زيادة غير مشروعة . وصاحب العمل الذى يفصل العامل بسبب مذهب السياسى ما لم يكن لذلك ارتباط بعمله او تأثير فيه (٢) ، او بسبب انضمامه او عدم انضمامه الى نقابة معينة (٣) او بسبب نشاطه النقابى المشروع (٤) .

واضح ان هذا المعيار معيار موضوعى من يحمل للقضاء سلطة واسعة فى رقابة استعمال الحقوق ، ولعل صفته الموضوعية هى التى تجعله مفضلا لدى بعض الفقهاء (٥) على معيار آخر شخصى يشيع الالتجاء اليه فى الفقه والقضاء الفرنسى (٦) هو معيار الدافع او الغرض غير المشروع (motif illégitime) خاصة . ومع ذلك ، فينبغى ان يراعى ان المعيارين مرتبطان اشد الارتباط ، بل هما فى الحقيقة وجهان لمعيار واحد ، اذ ليس معيار المصلحة غير المشروعة الا التعبير الموضوعى عن المعيار الشخصى او النفسى وهو معيار الدافع او الغرض غير المشروع (٧) ، فاذا لم يكن لصاحب الحق دافع مشروع لاستعمال حقه ، فهو يهدف اذن الى تحقيق مصلحة غير مشروعة . والواقع ان هذين الوجهين انما يقومان على فكرة ضرورة موافقة

(١) انظر فى الاشارة الى احكام القضاء الفرنسى فى هذا المعنى :
Josserand, op. cit., pp. 180, 402.

وانظر كذلك فى هذا المعنى فى القانون المصرى :

بنصور مصطفى بنصور ، العقود المسماة (البيع والمقايضة والاجار) ، ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ،
مقارنة ٢٢٢ ، ص ٥٧٢ .

(٢) القاهرة الابتدائية ٢٤ مارس ١٩٦٠ ، مدونة الفقهى الدورية ١٩٦٠ ، رقم ٢٤٨ ، ص ٤٢٦ .

(٣) القاهرة الابتدائية ٢٥ مايو ١٩٥٤ ، مدونة الفقهى ، ج ٢/١ ، رقم ٢١٢ ، ص ٣٧٦ .

(٤) الجيزة الابتدائية ١٧ اكتوبر ١٩٥٤ ، المرجع السابق ، رقم ٢٠٢ ، ص ٣٦٢ .

(٥) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، مقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧ .

(٦) انظر فى ذلك خاصة :

Josserand, op. cit. No. 296 et s.

(٧) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، الوضع السابق .

Notre thèse précitée, p. 172

استعمال الحق لغايته . فللتحقق من هذه الموافقة ، يجب الوقوف على غاية الحق والمصالح المشروعة المقصود تحقيقها من وراء تقرير القانون له من ناحية ، وعلى الدوافع التي وجهت استعماله على نحو معين من ناحية أخرى ، ومطابقة هذه على تلك ، بحيث يعنى كل تباعد بينهما الانحراف في استعمال الحق ، ويستوى بعد ذلك أن ينسب هذا الانحراف الى الدوافع غير المشروعة أو الى المصالح غير المشروعة (١) .

٣٧٩ — الضرر الفاحش

كان المشروع التمهيدى للتقنين الدنى الحالى يضيف الى المعايير الثلاثة المتقدمة للتعسف معيارا آخر هو معيار « الاستعمال الذى يحول دون استعمال حقوق أخرى على الوجه المألوف » . واذا كان هذا المعيار قد حُنف فلم يظهر فى نص المادة الخامسة من التقنين المتضمنة لمعايير التعسف ، فلم يكن ذلك عدولا عن اعتباره — بما يعنيه من فكرة « الضرر الفاحش » — معيارا للتعسف فى استعمال الحق ، وانما اكتفاء بالتطبيق الخاص الموجود له فى حق الملكية وهو تطبيقه الرئيسى . ذلك أن المادة ٨٠٧ من التقنين الدنى تقضى بأنه « ١ — على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . ٢ — وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوف التى لا يمكن تجنبها . وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات

(١) Notre thèse précitée, ibid.

واذا كان بعض الفقهاء (عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق) يرى أن معيار « المصلحة غير المشروعة » ادق من معيار « الدافع أو الغرض غير المشروع » من ناحية الانضباط وأسهل منه من ناحية التطبيق ، فهو فى الواقع انما يفصل بين شيئين متلازمين ووجهين متكاملين لمعيار واحد يحدد كل منهما الآخر ، بحيث لا يمكن الاكتفاء بالوقوف على احدهما والاستغناء عن الآخر . ولذلك يقوم نفى صفة المشروعية عن المصلحة المقصودة من استعمال الحق على الاستهداء اسلما بعدم مشروعية الدافع الى هذا الاستعمال . وهذا ما بصرت به المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين الدنى بقولها أن معيار المصلحة المشروعة اذا كان « ماديا فى ظاهره ، إلا أن النية كثيرا ما تكون العلة الاساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة » (مجموعة الاعمال النحفية ، ج ١ ص ٢٠٩ و ٢١٠) .

وموضع كل منها بالنسبة الى الآخر والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق .

وعندنا أن هذا النص ليس الا مجرد تطبيق لفكرة التعسف فى استعمال الحق ولمعيار من معاييرها الهامة هو معيار « الضرر الفاحش » . ويسند ذلك أن الشريعة الاسلامية — وهى التى اعتمد المشرع المصرى عليها اعتيادا رئيسيا فى صياغة نظرية عامة للتعسف — تجرى منذ قديم على اعتبار هذا المعيار من معايير التعسف (١) ، وأن القضاء المصرى قد جرى كذلك على الاخذ بهذا النظر من التكيف فى ظل التقنين المدنى القديم (٢) . وليس فى الاعمال التحضيرية للتقنين المدنى الحالى ما يفصح عن رغبة المشرع المصرى فى العدول عن هذا التكيف التقليدى المستقر .

وبالاضافة الى ذلك ، فإن الالتجاء الى فكرة التعسف هنا كتبرير لمسؤولية المالك فى احوال المضار غير المعتادة للجوار يغنى عن التبريرات الاخرى التى تقدم فى هذا الشأن وتستهدف لانتقادات كثيرة : كاقالة المسؤولية على أساس خطأ المالك (٣) ، أو على أساس مجاوزته حقه وخروجه عن نطاقه (٤) .

والواقع انه — فى تأسيس مسؤولية المالك عن الاضرار التى يسببها لجيرانه — لا يجب اغفال أن هذه الاضرار انما تتحقق نتيجة افعال مشروعة فى ذاتها هى المكونة لاستعمال حق الملكية ، فارتباط هذه المسؤولية اذن

(١) راجع فى ذلك :

Fathp, thèse précitée, Nos. 163, 164.

السعيد مصطفى السعيد ، الرسالة السابقة ، ص ٣٦ — ٣٨ و ٤١ .
انظر كذلك ١٩٨ وما بعدها من « المجلة » ، والواد ٥٧ و ٥٩ — ٦٢ من كتاب مرشد الحيران .

(٢) انظر خاصة :

Appel mixte. 17 Avril 1945. B. 57. 125.

Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 620, 621. (٣)

(٤) انظر كذلك فى تفصيل انتقاد الرأى القائل باعتبار مسؤولية المالك من الاضرار غير المكونة مقابة على أساس مجاوزة الحق لا على أساس التعسف فى استعمال الحق :
كتابنا أحكام حق الملكية ، طبعة ١٩٢٢ ص ٣٢٢ — ٣٢٤ .

بفكرة الحق ومدى مشروعية استتماله أمر ظاهر . وواضح أن المالك الذي يستعمل حقه استعمالا يؤدي الى تحميل جيرانه اضرارا تجاوز الحد المألوف تحمله والتسامح فيه بين الجيران ، انما يخل — لحساب الصالح الفردى — بالتوازن الواجب بينه وبين الصالح الجماعى (١) وينحرف بالحق عن غايته المقصودة الى حد جعله وسيلة لفرض اضرار جسيمة فاحشة على الغير ، مما يصير معه استتماله تعسفيا غير مشروع لا يستأهل حماية القانون .

واذا كانت صورة مزار الجوار غير المألوفة فى صدد استعمال حق الملكية (٢) هى اظهر صور معيار « الضرر الفاحش » ولذلك كانت عنلية المشرع المصرى بالنص عليها صراحة فى المادة ٨٠٧ مدنى ، فلا يجب أن ينفى ذلك إمكان انبساط هذا المعيار على حقوق أخرى غير حق الملكية (٣) .

وعلى أى حال ، بصورة مزار الجوار غير المألوفة تعبر عن معيار مرن كل المرونة يتسع لتطور الحياة الاجتماعية ويمكن القاضى من الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . ومن تطبيقاته (٤) ما قضى به من مسئولية الحكومة بالتعويض عما أصاب السكان وأملاكهم من اضرار نتيجة انشائها محطة من محطات الجارى على قطعة من أملاكها اطلقت ادارتها

Notre thèse précitée, p. 204. (١)

(٢) يرامى أن هذه الصورة تعرض كذلك فى صدد استعمال الشيء من له حق فيه كالمنتفع أو المستعير (فى هذا المعنى : شفيق شحاته ، ملىش ٢١٥ من ٨٦ . — اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الأصلية ، ملىش ٢٢٥ من ١٠٤) .

(٣) فستطيع أن نعتبر التماقد الذى يصر على التمسك بوجوب تنفيذ المقد بشرطه الأصلية المحددة فيه ، رغم أن هذا التنفيذ قد صار — نتيجة طرود حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وقت التماقد — مرهقا للتماقد الآخر بحيث يهدد بخسارة فادحة ، متمسكا فى استعمال حقه ، وإن نرد هذا التمسك الى فكرة الضرر الفاحش . وبذلك تستوى نظرية الظروف الطارئة التى اقترها المشرع المصرى صراحة فى المحللات المنفية (م ٢/١٤٩ مدنى) على أساس سليم (انظر Notre thèse précitée: 243-245 — وكتبنا سالف الذكر ، الفكر ، ص ١١٣٠ — ١١٣١) .

(٤) انظر فى تفصيل هذه التطبيقات : كتبنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، بقرة ٩٩ ، ص ٣٢٥ — ٣٣٠ .

راحة السكان في حى مخصص للسكنى^(١)، ومن مسئولية إحدى شركات الفنادق عن الاضرار التى تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل جهاز لتوليد الكهرباء مقام في ملحق فندق تملكه^(٢) .

٢٨٠ — تقدير مسلك المشرع المصرى

تأثر المشرع المصرى في صياغة معايير التعسف بالمصادر الاساسية التى استقى منها نظرية التعسف في استعمال الحق ، وهى فقه الشريعة الاسلامية من ناحية ، واحكام القضاء المصرى في الاخذ بهذه النظرية في ظل التقنين المدنى القديم من ناحية اخرى ، فجرى مثلها على تعديد صور مختلفة للتعسف^(٣) . ولكن كان خليقا به ، وهو يستقر على الاخذ بهذه النظرية ويعمد الى تقنينها ، ان يستخلص المبدأ او المعيار العام الذى ترد اليه مختلف صور التعسف ومعايره في احكام الفقه الاسلامى واحكام القضاء المصرى ، خاصة وان جهود الفقه الحديث قد مهدت امامه السبيل لتاصيل نظرية التعسف في استعمال الحق وبيان الفكرة العامة التى تحكم مختلف صوره ، وان التقنينات الحديثة التى سبقته في تقنين هذه النظرية قد نحا اغلبها نحو وضع مبدأ عام يحكم معيار التعسف دون تحديد او تعديد صوره ، وان طريقة تعديد صور التعسف اذا كانت تناسب فقه الفروع واحكام القضاء فهى اقل مناسبة في صياغة التشريع كما سبق البيان .

ويبقى بعد ذلك ان مسلك المشرع المصرى من تعديد معايير مختلفة للتعسف مسلك منتقد من ناحية اخرى . وذلك ان هذا المسلك لا يخرج عن احد أمرين : اما ان هذه المعايير واردة على سبيل الحصر ، وهو ما يتهدد نظرية التعسف في استعمال الحق بالجمود وعرقلة استجابتها ومقابلتها للتطور المحتوم في الجماعة . واما ان هذه المعايير واردة على سبيل المثال ، وكان من الافضل حينئذ اعطاء القاضى المبدأ العام الذى يحكم توجيه كل هذه

(١) استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، المحللة ٢١/٢٧٦/٨٩١ .

(٢) Le Caire (mixte), 5 mai 1914, Gazette, 4. 206. 492. (٢)

(٣) أنظر ، كتابنا سالف الفكر ، ص ١١٣١ و ١١٣٢ .

المعايير والصور (١) . وإذا كان جمهور الفقه المصرى (٢) يقطع بورود هذه المعايير على سبيل الحصر ويمنع القاضى من الإخذ بمعايير أخرى للتعسف غيرها ، فنعتقد من جانبنا أن المشرع المصرى لم يرد تقييد القاضى تقييدا جازما بهذه المعايير وحدها . فهو قد وضع فى المادة الرابعة من التقنين المدنى المبدأ العام من ارتهان حماية القانون لصاحب الحق بمشروعية استعماله له بحيث ترتفع مسؤوليته إذا كان استعمال الحق مشروعاً وتحقق إذا كان الاستعمال غير مشروع ، ثم ذكر فى المادة الخامسة أحوالا يعتبر استعمال الحق فيها غير مشروع لا ليحصر فكرة عدم المشروعية فيها ، وإنما — كما تقول المذكرة الإيضاحية — لى « يهئ للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد (٤) » .

وعلى أى حال ، فينبغى البصر بالمبدأ أو المعيار العام الموجه لكل ضوابط ومعايير التعسف التى ذكرها المشرع المصرى . وهى لا تخرج ، فى الواقع ، عن فكرة التزام غاية الحق وعدم الانحراف عنها (٥) . إذ لا يتصور أن تكون الحقوق — وهى تمثل قيا اجتماعية يحميها القانون — معطاة كوسيلة لمجرد الأضرار بالغير ، أو لتحقيق مصالح تافهة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر ، أو لتحقيق مصالح غير مشروعة من باب أولى ، أو لتحميل الغير بأضرار فاحشة . وفكرة الغاية هذه هى التى ارتضيناها من قبل أصلا يحكم استعمال الحق ويحدد معيار التعسف فيه (٦) ، فى ضوء ما بيناه من اتصال التعسف أساسا بفكرة الحق وكون الحق وسيلة لغاية دون أن يكون غاية فى ذاته .

(١) Notre thèse précitée, pp. 277, 278.

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٥٥٩ . — أحمد حشمت أبو سنيت ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، فقرة ٥٥٤ . — أساميل غانم ، النظرية العامة للحق ، ط ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ١٦١ . — عبد المنعم مرقى الصدة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٤١ .

(٣) Notre thèse précitée, ibid.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٩ .

(٥) Notre thèse précitée, pp. 278, 279

(٦) لم يعد ثم محل فى القانون المصرى للخوف من اعتبار « الانحراف عن غاية الحق » موجها عاما لكل معايير التعسف وصوره المختلفة، أمام أخذ المشرع المصرى صراحة بمعيار =

المبحث الثالث

محل التعسف

٣٨١ — تمهيد

إذا تحدد التعسف من حيث التأصيل والمعيار على النحو السابق تفصيله، فيبقى تحديد نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق وهو ما يقتضى تحديد المحل الذى يرد عليه التعسف . وفى شأن هذا المحل ، نجد اتجاهين : أولهما الى التضخيم من نطاق تطبيق هذه النظرية ببسط محل التعسف الى الحريات ! والرخص العامة كالحقوق سواء بسواء ، والثانى الى التضييق باستبعاد بعض الحقوق بالمعنى الفنى الدقيق من ورود التعسف عليها مما يجعلها حقوقا مطلقة أو تقديرية . والواقع أن ارتباط فكرة التعسف بفكرة الحق وغايته — على النحو السالف بيانه — يكشف عن التضخم المصطنع الذى يدخله الاتجاه الاول على فكرة التعسف ونظريته ، وإن عدم التخلص الى اليوم نهائيا من سيطرة النزعة الفردية وما ولدته فى الاذهان من حصانة مطلقة لاصحاب الحقوق فى استعمالها يكن وراء الاتجاه الثانى فى استبقاء بعض الحقوق مطلقة تقديرية الاستعمال. فنعرض لمناقشة الاتجاهين وتحديد محل التعسف على ضوء ذلك .

٣٨٢ — التعسف يرد على استعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو

الرخص العامة

سبق أن أشرنا الى أن الخلط قديم فى الفقه بين الحقوق بالمعنى الدقيق وبين الحريات أو الرخص العامة . وكان طبيعيا أن يمتد هذا الخلط الى نظرية

« المصلحة غير المشروعة » وهو منوط كما رأينا بتحديد غلبة الحق ودواع استعماله، بما يجعله فى الواقع خاضعا فى جانب منه للاعتبارات السياسية والتزمت الاجتماعية المختلفة التى يرفض بعض الفقهاء (عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧) معيار « غلبة الحق » من أجل توسيع الدخول فيها . بل ولعل معيار « المصلحة غير المشروعة » أن يكون فى الحقيقة هو الظاهر تمثيل وتجسيد للمعيار المصمم الموجه وهو معيار « الانحراف عن غلبة الحق » . (انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٣٤) .

التعسف في استعمال الحق ويوجد فيها مرتعا خصيصا يرضى رغبة أنصارها والمدافعين عنها ، في الأقل أول ظهورها ، في إبرازها وتضخيم أهميتها بتوسيع نطاق تطبيقها على هذا النحو الذي لا يقتصر على الحقوق بالمعنى الصحيح فحسب ، بل ينبسط كذلك على الحريات أو الرخص العامة ويتناول حتى كل فعل مشروع مباح في الأصل أيا كان ، بحيث كانت هذه النظرية تقتحم في كتاباتهم كل نواحي القانون المدني أن لم يكن نواحي القانون قاطبة ، وغدا من اليسر الجارى على أقدامهم ادعاء وجود التعسف وتلمسه دون تدقيق في حقيقته ولكنه محله .

والواقع أن هذا المسلك — على خلاف ما يظن أصحابه — ليس بالذى يحمل كسبا لنظرية التعسف في استعمال الحق أو بالذى يعين على تدعيمها وتقويتها ، فليست قيمة النظريات في اتساع نطاق تطبيقها بقدر ما هو في دقة تحديدها . ومن شأن هذا التضخم المصطنع في نطاق تطبيق نظرية التعسف — على حساب اغفال أصلها من الارتباط بفكرة الحق بوصفها التقويم والتصحيح اللازم لها — تهيئ هذه النظرية وانطماش حدودها ، وهو ما يتهددها — من فرط اتساعها وانبساطها — بالعجز والضعف (١) .

فضلا عن أن توسعه نطاق نظرية التعسف على هذا النحو، إنما تقوم على أساس خلط واضح بين فكرة « الحق » وفكرة « الحرية أو الرخصة العامة » وهو خلط تزايد خاصة في القرنين السابع عشر والثامن عشر في أوروبا حينما اصطنع الفلاسفة وكتاب السياسة ما سموه « حقوق الإنسان الطبيعية » الخالدة المقدسة مدرجين ضمنها عديدا من الحريات العامة التي يجب كفالتها للأفراد ، ليقابلوا بها ويوقفوا حقوق الملوك الإلهية المزعومة التي كانت سندهم حينئذ في الاستبداد الطغيان . وإذا كانت نظرية « التعسف في استعمال الحق » لا تعنى — كما هو ظاهر من اسمها — إلا الحقوق واستعمالها ، فهي إنما تعنى الحقوق في المعنى القانوني الدقيق فحسب ،

ما يستبعد من نطاق تطبيقها تلك الحريات في الرخص العامة التي قد تعتبر حقوقا في المعنى السياسي أو الفلسفي لا في المعنى القانوني (١) .

والواقع أن إجراء نظرية التعسف على ممارسة الحريات أو الرخص العامة كذلك ليس ثم ما يدعو اليه . ففكرة « الخطأ » في نطاق المسؤولية التقصيرية كانت تتكفل دائما بحكم الانحراف في هذه الممارسة عن مقتضى السلوك المألوف ، وكان استعمال الحق غير خاضع في الاصل لفكرة الخطأ مما دعا من بعد الى ظهور فكرة التعسف لحكم هذا الاستعمال . ولذلك فإذا كان ينبغي في نظر البعض التسوية في الحكم بين استعمال الحقوق وبين ممارسة الحريات أو الرخص العامة ، فإن منطق هذا النظر يقضي بمد فكرة الخطأ الاصلية الى استعمال الحقوق لا بمد فكرة التعسف الحديثة الى ممارسة الرخص والحريات العامة ، وهذا ما يفعله أنصار تسوية التعسف بالخطأ التقصيري تسوية كاملة (٢) .

غير أنه اذا كان ينبغي — كما سبق البيان — الاعتراف لفكرة التعسف بذاتية واستقلال خاص عن فكرة الخطأ تخرجاتها من دائرة المسؤولية التقصيرية ، واعتبار فكرة التعسف هي الفكرة المناسبة في شأن تحديد الانحراف في استعمال الحقوق بالنظر الى ما تعنيه الحقوق من تفاوت في مراكز الافراد ، في حين تظل فكرة الخطأ هي الفكرة المناسبة في شأن تحديد الانحراف في ممارسة الحريات أو الرخص العامة بالنظر الى ما تعنيه هذه الحريات من تساوى مراكز الافراد (٣) ، فمقتضى ذلك كله التمييز بين الفكرتين فيما تردان عليه من محل : فمقتصر فكرة التعسف على استعمال « الحقوق » بالمعنى القانوني الدقيق ، وتظل فكرة الخطأ مبسطة — من

(١) انظر خاصة :

Waline, L'individualisme et le droit, pp. 94, 385.

(٢) انظر ، خاصة ، في هذا المعنى في الفقه المصري :

اسماعيل غنم ، النظرية العامة للحق ، ص ١٦٦ و ١٦٧ .

(٣) انظر سابقا ، ص ٨٩٧ .

بين ما تتناوله — على ممارسة الرخص أو الحريات العامة . وهو ما يعطى أهمية بالغة — في شأن تحديد محل التعسف ونطاق نظريته — للفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة .

وقد سبق أن أقمنا التمييز بينهما — في صدد تعريف الحق — على أساس أن الحقوق تفترض وجود رابطة قانونية تثبت لشخص على سبيل الاستثناء والافتراء تسطاً على شيء معين أو اقتضاء أداء من شخص معين ، بينما الرخص أو الحريات العامة لا تفترض وجود مثل هذه الرابطة ، وإذا كانت تخول مكات معينة فاتها تخولها في الواقع للناس كافة دون أن تكون محل استثناء أو اختصاص حاجز لواحد دون الباقين (١) .

ويبدو أن المشرع المصرى يأخذ بهذا النظر من التمييز بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، ومن قصر اعمال نظرية التعسف على الحقوق وحدها دون الحريات أو الرخص العامة . فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى يتضمن نصاً يمهّد للاحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق بالفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، وكان المقصود من ذلك — كما تقول المذكرة الايضاحية (٢) — بيان أن «التعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها» ، أما الرخص فلا حاجة الى فكرة التعسف في ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذى يلحق الغير من جراء ذلك ... لان احكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه » . ولئن كان هذا النص قد حذف فلم يظهر في التقنين ، فلا ينتقض ذلك في دلالته على اتجاه المشرع المصرى ، لان حذفه كان على أساس اعتباره عملاً فقهيًا أكثر منه تشريعيًا .

وإذا تحدد ، على هذا النحو ، محل التعسف ونطاق نظريته باستعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو الرخص العامة ، فيكون اذن من باب

(١) انظر سابقاً ، ص ٤٢٠ و ٤٢١ .

(٢) مجموعة الامال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ملحق ص ٢٠١ .

التجوز البحث اجراء نظرية التعسف في استعمال الحق على حرية التعاقد بوجهيها الإيجابي والسلبي ، او حرية التجارة ، او حرية الرأي ، او حرية الاجتماع او غير ذلك من عديد الحريات او الرخص العامة . واذا كان من المسلم ترتيب مسؤولية من يرفض التعاقد في احوال معينة ، او يقوم بدعاية او منافسة غير مشروعة ، او يقود حملة صحفية مفرضة ، فلان هذه الاعمال تتوافر فيها شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية ولا تعتبر تعسفا في استعمال حقوق مزعومة لوجود لها في المعنى القانوني الدقيق (١) .

٣٨٣ — التعسف يسرد على استعمال كافة الحقوق — رفض فكرة الحقوق المطلقة او التقديرية

اذا كان التعسف لا يرد الا على استعمال الحق دون ممارسة الحريات او الرخص العامة على النحو السابق بيانه ، فيبقى التساؤل عما اذا كان التعسف يرد على استعمال كافة الحقوق دون تمييز أم يرد على استعمال بعضها دون البعض الآخر .

ونجد اتجاها قويا في الفقه الفرنسي خاصة يخرج بعض الحقوق من نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ، ويعتبرها بذلك حقوقا مطلقة يترك استعمالها لمحض تقدير أصحابها دون خضوع هذا الاستعمال — في دوافعه وأغراضه — لرقابة او تعقيب القضاء ، وهو ما يحمي أصحابها من أي حد من هذا الاستعمال ويعصمهم من أية مسؤولية تترتب بسببه ، وهذه هي « الحقوق المجردة او غير المسببة *droits abstraits ou non causés* » كما يسميها البعض (٢) ، او « الحقوق التقديرية *droits discrétionnaires* » كما يسميها بعض آخر (٣) . غير أن أنصار هذا الاتجاه لا يتفقون على تبرير واحد لوجود هذه الطائفة من الحقوق المطلقة او التقديرية .

(١) Notre thèse précitée, pp. 109, 110

كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٣٦ — ١١٤١ .

(٢) Josseland, op. cit., No. 306

(٣) Rouast, article précité

فبعضهم يرد ذلك الى ما لهذه الحقوق من حدود موضوعية معينة تعيينا

دقيقا تغنى عن الحدود الشخصية التى تقيها نظرية التعسف فى استعمال الحق (١) . غير أن هذا التبرير ليس بالمقنع . اذ لا يتوقف اعمال نظرية التعسف فى الواقع على مدى التحديد الدقيق لمضمون الحق بقدر ما يتوقف على فكرة الحق نفسها وارتباطها بغاية معينة ، خاصة وأن حدود الحق الموضوعية — مهما بلغت دقة تعيينها — انها ترسم مضمون الحق والتعسف انما يتعلق بغايته . هذا فضلا عن عدم صدق هذا التبرير فى كل الحالات : فبعض الحقوق ذات الحدود الدقيقة يظل مع ذلك محلا للتعسف ، وبعض الحقوق التى يقال انها مطلقة او تقديرية تفتقد مثل هذا التحديد الدقيق (٢) .

ويرد بعض آخر من انصار هذا الاتجاه بقاء بعض الحقوق مطلقة الى أن استعمالها استعمالا تحكميا يكون أمرا ضروريا أمام ما يهيم على هذا الاستعمال من دوافع شخصية خالصة تستعصى على تقدير القاضى وتكون من شأن صاحب الحق وحده (٣). ولكن هذا التبرير بدوره غير مقنع . اذ مادام من شأن اعمال نظرية التعسف فى استعمال الحق اخضاع دوافع استعمال الحقوق لرقابة القضاء وهى بحسب طبيعتها دوافع شخصية ، فلا وجه إذن لحرمانه — بدعوى الصفة الشخصية الخالصة — من رقابة بعض هذه الدوافع دون بعض . فضلا عن أن هذا التبرير يخلق مشكلة اخرى ليس من اليسر حلها ، هى مشكلة تحديد ما يعتبر من الدوافع ذا صفة شخصية خالصة بحيث يترك لمحض تقدير صاحب الحق وما لا يعتبر كذلك فيخضع لرقابة القضاء (٤)، وبذلك يتعذر الوصول مسبقا — فى ضوء هذا التبرير — الى تحديد ما يعتبر من الحقوق مطلقا أو تقديريا وما يعتبر منها نسبيا يصلح محلا للتعسف .

Josserand, op. cit., No. 306, p. 416 (١)

Rouast, article précité, No. 3, pp. 2, 3 (٢)

Ripert, op. cit., No. 100 (٣)

Notre thèse précitée, p. 123 (٤)

والواقع انه اذا كانت ما تزال توجد في بعض القوانين والشرائع التي تقرر
الاخذ ببدا عدم التعسف في استعمال الحق حقوق تقديرية أو مطلقة لا يخضع
استعمالها لرقابة القضاء ، فليس ذلك الا بعض بقايا النزعة الفردية القديمة
المتطرفة التي كانت تجعل لصاحب الحق حصانة مطلقة في استعمال حقه .
وقد أكد استبقاء هذه النزعة في شأن تلك الحقوق ، أن التعسف في استعمالها
لا يمثل بعد في نظر الجماعات صاحبة هذه القوانين درجة من الخطورة
الكافية تحملها على التصدي لتقويمه (١) . ولذلك كان طبيعيا الا تتفق هذه
القوانين المختلفة على قائمة واحدة لما يعتبر تقديريا مطلقا من الحقوق ،
اذ يختلف الامر بحسب نظرة كل جماعة والمثل التي تسيرها والسياسة
التشريعية التي تستهدفها ومدى ارتدادها عن النزعة الفردية القديمة
ومدى استشعارها خطر التعسف في استعمال هذه الحقوق . وعلى أي
حال ، فالمسلم — حتى باعتراف المدافعين عن وجود هذه الحقوق التقديرية —
أن هذه الحقوق في تراجع وعددها في تناقص (٢) ، ومآلها المحتوم — فيما
نرى — هو الانقراض في القريب مسيرة للتطور المحتوم في هذه الجماعات .
وأيا كان الامر ، فوجود حقوق مطلقة أو تقديرية مرجعة اذن ظروف
خاصة بكل جماعة ، ولكن ليس في جوهر هذه الحقوق ما يحتم في المنطق
اطلاق استعمالها لمحض تحكم وتقدير أصحابها (٣) .

وامام ذلك ، وبالنظر كذلك الى أن المشرع المصري — في تقريره نظرية
التعسف — انما يتكلم عن « استعمال الحق » بصفة عامة دون تمييز أو
تحديد ودون اشارة الى امكان وجود حقوق تقديرية ، نستطيع أن نستخلص
أن التعسف في القانون المصري يرد على استعمال كافة الحقوق ، وأن هذا

Notre thèse précitée, pp. 130, 131 (١)

Rouast, pp. 2, 12, 16. (٢)

(٣) راجع في تفصيل مناقشة ورفض المبررات الخاصة لاطلاق استعمال كل حق من الحقوق
التقديرية المزمومة على هذه :

Notre thèse précitée, pp. 121 - 168.

وكتابنا سالف الذكر ، ص ١١٤٨ — ١١٥٨ .

القانون قد تخلص تماما — في شأن استعمال الحقوق — من كل بقايا النزعة الفردية ، وأنه لا يقر بالتالى وجود حقوق تقديرية يتمتع أصحابها بسلطان مطلق في استعمالها دون تعقيب او رقابة عليهم في ذلك من قبل القضاء (١) . ويؤكد هذا فضلا عن ذلك ان المشرع المصرى حينما اتاحت له فرصة التعرض لبعض هذه الحقوق التقديرية المزعومة اخضعها صراحة لرقابة القضاء لمنع التعسف في استعمالها ، فهو ينفي الصفة التقديرية المزعومة للحق المعنوى للمؤلف ، بفرض رقابة قضائية مبتدأة على استعمال المؤلف سلطته في تعديل المصنف وسحبه من التداول لضمان عدم التعسف فيه بالتحقق من وجود اسباب خطيرة تبرر هذا الاستعمال (م ٢) من قانون حماية حق المؤلف (٢) .

المبحث الرابع

اثبات التعسف وجزاؤه

٣٨٤ — تحمل مدعى التعسف بعبء اثباته

واضح ان على من يدعى وقوع تعسف من صاحب حق في استعمال حقه اثبات ما يدعيه طبقا للقواعد العامة في الاثبات . وعلى هذا النحو ، فالاصل ان صاحب الحق لا يتحمل عبء اثبات مشروعية استعمال حقه (٣) ،

(١) انظر في هذا المعنى :

كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٤٧ وما بعدها . — اسماعيل غانم ، ص ١٦٧ .
ولكن انظر عكس ذلك .
احمد سلامة ، نظرية الحق في القانون المعنى ، ١٩٥٩ ، فقرة ٨٢ .

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٧٧ . — وكتابنا سالف الذكر ، ص ١١٥٨ .

(٣) الا ان يصرح المشرع بتحمله بهذا العبء استثناء ، كصه في المادة ٧/٧٥ من قانون العمل على تحميل صاحب العمل بعبء اثبات ان فصل العامل لم يكن بسبب نشاطه النقابى (انظر كتابنا سالف الذكر ، هابش ٢٢ ص ١١٦٠) .

خاصة أن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب الافتراض ابتداء الى أن يقوم الدليل على العكس (١) .

ورغم ذلك ، فثم اتجاه يحاول قلب هذا الأصل في حالة انتهاء عقد العمل غير المحدد المدة بالإرادة المنفردة إنهاء تعسفيا أو بلا مبرر مشروع ، بتحصيل صاحب العمل إذا كان الإنهاء من جاتبه — وهذا هو الغالب — اثبات مشروعية الإنهاء ومبرراته ، ويرى في ذلك خصوصية ملحوظة في التعسف في إنهاء هذا العقد (٢) . وقد يكون في هذا الاتجاه نجدة للعامل وأتالة له من عبء اثبات عسر . ولكن هذا الاعتبار لا ينهض مبررا كافيا لتجاهل حكم القواعد الصامة في وجوب تحصيل مدعى التعسف ، وهو العامل في هذا الفرض ، بعبء اثبات تعسف صاحب العمل في الإنهاء أو انعدام مبرر هذا الإنهاء . وهذا ما يستقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية بخاصة (٣) ، وينحاز اليه القضاء المصرى في مجموعه ويؤيده جهور الفقه في مصر (٤) .

٢٨٥ — الجزاء التعويضى والجزاء الوقائى على التعسف

واضح أن الجزاء على التعسف في استعمال الحق يتمثل أساسا في التعويض عن الأضرار المترتبة عليه . وقد ذهب رأى قديم (٥) الى اقتصر هذا التعويض على التعويض النقدى وحده دون التعويض العينى ، بدعوى أن التعويض العينى يفترض عملا مجاوزا حدود الحق بينما التعسف يفترض

(١) في هذا المعنى :

Josserand. op. cit., No. 316

(٢) انظر بخاصة :

محمد حلى مراد ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٧٦ . — محمود جمال الدين زكى ، عقد العمل في القانون المصرى ، ١٩٥٦ ، فقرات ١٤٤ و ١٤٥ و ١٦٢ و ٢١٢ .

(٣) انظر في الإشارة الى هذا القضاء :

Mazeaud, t. I. p. 544, notes «5» et «6».

(٤) راجع في الإشارة الى ذلك :

كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، مابش «٢» ، ص ٦٤٠ — ٦٤١ ، ومابش «١» ص ٦٤١ .

(٥) Saleilles, Etudes sur la théorie générale de l'obligation, p. 373 en note.

عملا داخل حدود الحق ومضمونه . ولكن هذا الرأي لم يلق تأييدا من الفقه
أو القضاء ، فاستقر الرأي على هجره ، وعلى القول بأن جزاء التعسف
التعويضي قد يكون نقديا وقد يكون عينيا حسب الأحوال (١) .

وإذا كان هذا الجزاء التعويضي بصورتيه يرد على التعسف ، فليس هو
بجزائه الوحيد . بل ثم جزاء آخر فعال يمكن أن يرد عليه ، بل ويعتبر
خصوصية من خصوصيات التعسف ، هو ذلك الجزاء الوقائي الذي سهقت
الإشارة إليه والذي يمنع ابتداء الاستعمال التعسفي للحق ، ويحول بالتالي
دون وقوع الضرر أصلا (٢) .

« تم بحمد الله »

(١) انظر بخاصة :

Demogue, op. cit., t. IV, No. 690. — Josserand, op. cit. Nos. 324, 327. —
Notre thèse précitée, pp. 206, 207. — El-Kholy, La réparation en nature en
droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1954 (imp. 1957), No. 239.

أنور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ١٢٤ و ١٢٥ . — عبد الرزاق السنهوري ، ج ١ .
ملبس ص ٨٥١ .

(٢) في هذا المعنى :

Ripert, La règle morale, No. 94. — Dahin, op. cit. p. 303 —
Notre thèse précitée, pp. 236 et s.

عبد الرزاق السنهوري ، الموضوع السابق . — اسماعيل فقم ، ص ١٦٥ .
ولكن أنظر عكس ذلك :

El Kholy, thèse précitée, Nos. 5 et s. No. 239.

الفهرس

| الصفحة | الفقرة |
|--------|-----------------------------------|
| ٥ | المراجع |
| ٩ | مقدمة |
| ٩ | ١ — اصطلاح القانون وتعدد محلولاته |
| ١١ | ٢ — تفرع الحقوق عن القانون |
| ١٢ | ٣ — خطة الكتاب |

باب تمهيدى

فى القانون بوجه عام

| | |
|----|---|
| ١٥ | ٤ — عرض وتقسيم |
| ١٦ | الفصل الاول — خصائص القانون |
| ١٦ | ٥ — الحاجة الى القانون |
| ١٧ | ٦ — تعريف القانون واستخلاص خصائصه |
| ١٨ | المبحث الاول — القانون مجموعة قواعد سلوك |
| ١٨ | ٧ — القواعد التقريرية والقواعد التقويمية |
| ١٩ | ٨ — القانون يفرض السلوك الواجب كآمر أو تكليف |
| ٢٠ | المبحث الثانى — القانون مجموعة قواعد عامة مجردة |
| ٢٠ | ٩ — التكليف القانونى تكليف علم مجرد |
| ٢٤ | المبحث الثالث — القانون مجموعة قواعد اجتماعية |
| ٢٤ | ١٠ — بيئة القانون الاجتماعية |
| ٢٥ | ١١ — القانون والعلوم الاجتماعية |

- ١٢ — القانون وقواعد السلوك الاجتماعية الأخرى ٢٦
(١) القانون وقواعد العادات والمجاملات .
(٢) القانون والأخلاق .

المبحث الرابع — القانون مجموعة قواعد ملزمة مكفولة

- باجبار مادي جماعي ٣٤
١٣ — فكرة الجزاء أو الإجبار القانوني ٣٤
١٤ — الإجبار عنصر جوهرى لقيام القانون ٣٦
١٥ — صور الجزاء أو الإجبار ٣٧

الفصل الثانى — مدى سلطان ارادة الأفراد انزاء القانون ... ٤٠

- ١٦ — تنوع قواعد القانون الى أمرة ومكيلة ٤٠
١٧ — توازن صفة الالتزام للقواعد المكيلة ٤٢
١٨ — معيار التفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكيلة ٤٣
١٩ — مرونة فكرة النظام العام والآداب ونسبيتها ٤٤
٢٠ — النظام العام ٤٥
٢١ — الآداب ٤٨
٢٢ — سلطة القاضى فى تحديد مضمون النظام العام والآداب ... ٥٠
٢٣ — جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب ... ٥١

الفصل الثالث — أقسام القانون وفروعه ... ٥٣

- ٢٤ — تمهيد ٥٣

المبحث الاول — التفرقة بين القانون العام والقانون

- الخاص ٥٤
٢٥ — تاريخ التفرقة ٥٤
٢٦ — معيار التفرقة ٥٥
٢٧ — أهمية التفرقة ٥٩
٢٨ — مدى التفرقة ٦٠

المبحث الثانى — فروع القانون العام ... ٦١

- ٢٩ — تقسيم ٦١

| الصفحة | الفقرة |
|-----------|---|
| ٦١ | المطلب الأول — القانون العام الخارجى |
| ٦١ | ٣. — مدى اعتبار القانون العام الخارجى قانونا بالمعنى الكامل |
| ٦٣ | المطلب الثانى — القانون العام الخارجى |
| ٦٣ | ٣١ — تعريف وتقسيم |
| ٦٤ | ٣٢ — القانون الدستورى |
| ٦٥ | ٣٣ — القانون الادارى |
| ٦٦ | ٣٤ — القانون المالى |
| ٦٦ | ٣٥ — القانون الجنائى |
| ٦٨ | المبحث الثالث — فروع القانون الخاص |
| ٦٨ | ٣٦ — تعريف وتمهيد |
| ٦٩ | ٣٧ — القانون المدنى |
| ٦٩ | ٣٨ — القانون التجارى |
| ٧١ | ٣٩ — القانون البحرى |
| ٧١ | ٤٠ — قانون العمل |
| ٧٤ | المبحث الرابع — فروع القانون المختلطة |
| ٧٤ | ٤١ — تقسيم |
| ٧٤ | ٤٢ — القانون الدولى الخاص |
| ٧٨ | ٤٣ — قانون المرافعات المدنية والتجارية |

القسم الاول

النظرية العامة للقاعدة القانونية

| | |
|-----------|------------|
| ٨٣ | ٤٤ — تقسيم |
|-----------|------------|

الفرع الاول

تكوين القاعدة القانونية

| | |
|-----------|--------|
| ٨٧ | متقدمة |
|-----------|--------|

| الصفحة | الفقرة |
|--------|--|
| ٨٧ | ٤٥ — تمهيد |
| ٨٨ | ٤٦ — المذاهب الشكلية في تكوين القاعدة القانونية |
| ٩٠ | ٤٧ — نقد المذاهب الشكلية واستبعادها |
| | ٤٨ — التفرقة بين المصادر الرسمية أو الشكلية وبين المصادر |
| ٩٢ | المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية ، وأهميتها |
| ٩٤ | ٤٩ — خطة البحث |

المجلد الأول

جوهر القاعدة القانونية

| | |
|-----|--|
| ٩٥ | ٥٠ — تمهيد |
| ٩٧ | الفصل الأول — المدرسة المثالية |
| ٩٧ | مذهب القانون الطبيعي |
| ٩٧ | ٥١ — تمهيد |
| ٩٨ | ٥٢ — القانون الطبيعي عند اليونان |
| ٩٩ | ٥٣ — القانون الطبيعي عند الرومان |
| ١٠٠ | ٥٤ — القانون الطبيعي عند الكنديين في القرون الوسطى |
| | ٥٥ — الدعوة الى سيادة الدولة المطلقة في القرن السادس عشر ، |
| ١٠١ | وانكار فكرة القانون الطبيعي نتيجة لذلك |
| ١٠٣ | ٥٦ — تبلور فكرة القانون الطبيعي كمذهب على يد جروسيوس |
| | ٥٧ — رواج مذهب القانون الطبيعي وتطوره في القرنين السابع |
| ١٠٤ | عشر والثامن عشر |
| ١٠٦ | ٥٨ — القانون الطبيعي والمقد الاجتماعي |
| ١١٠ | ٥٩ — انتصار مذهب القانون الطبيعي على يد الثورة الفرنسية |
| | ٦٠ — مهاجمة مذهب القانون الطبيعي وتراجعها في القرن |
| ١١٢ | التاسع عشر |
| ١١٤ | ٦١ — حركة احياء القانون الطبيعي |
| ١١٧ | ٦٢ — القانون الطبيعي والقانون الوضعي |
| ١٢٠ | الفصل الثاني — المدرسة الواقعية |
| ١٢٠ | ٦٣ — تمهيد |

| | |
|--|-----|
| المبحث الأول — المذهب التاريخي | ١٢١ |
| ٦٤ — تمهيد | ١٢١ |
| ٦٥ — تعاليم المذهب التاريخي | ١٢٢ |
| ٦٦ — نقد المذهب التاريخي | ١٢٤ |
| المبحث الثاني — مذهب التضامن الاجتماعي | ١٢٨ |
| ٦٧ — تمهيد | ١٢٨ |
| ٦٨ — أسس مذهب التضامن الاجتماعي | ١٢٩ |
| ٦٩ — نقد مذهب التضامن الاجتماعي | ١٣٣ |
| الفصل الثالث — الجمع بين فقه المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية | ١٣٨ |
| ٧٠ — ضرورة الجمع بين المدرستين | ١٣٨ |
| المبحث الأول — العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جيني » | ١٣٩ |
| ٧١ — تمهيد | ١٣٩ |
| ٧٢ — الحقائق الواقعية أو الطبيعية | ١٤٠ |
| ٧٣ — الحقائق التاريخية | ١٤١ |
| ٧٤ — الحقائق العقلية | ١٤٣ |
| ٧٥ — الحقائق المثالية | ١٤٥ |
| ٧٦ — الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق | ١٤٧ |
| المبحث الثاني — عنصر الواقع وعنصر المثال في تكوين جوهر القاعدة القانونية | ١٤٨ |
| ٧٧ — ضرورة استناد القاعدة القانونية الى الواقع والمثال معا | ١٤٨ |
| المطلب الأول — العنصر الواقعي التجريبي أو حقائق الحياة في الجماعة | ١٥٠ |
| ٧٨ — تمهيد | ١٥٠ |
| ٧٩ — العوامل الطبيعية | ١٥١ |

| الصفحة | الفقرة |
|--------|-----------------------------------|
| ١٥٢ | ٨٠ — العوامل الاقتصادية |
| ١٥٣ | ٨١ — العوامل السياسية والاجتماعية |
| ١٥٥ | ٨٢ — العوامل الدينية والأخلاقية |
| ١٥٥ | ٨٣ — العوامل التاريخية |

المطلب الثاني — العنصر المثالي العقلي أو المثل

| | |
|-----|--|
| ١٥٦ | الأعلى للمعدل |
| ١٥٦ | ٨٤ — تمهيد |
| ١٥٧ | ٨٥ — المعدل التبادلي |
| ١٥٩ | ٨٦ — المعدل التوزيعي |
| ١٦١ | ٨٧ — المعدل الاجتماعي |
| | ٨٨ — اختزال صور المعدل الثلاث المتقدمة الى اثنتين : المعدل الخاص والمعدل العام |
| ١٦٢ | |
| ١٦٤ | ١ — المذهب الفردي |
| ١٦٤ | ٨٩ — أسس المذهب الفردي |
| ١٦٦ | ٩٠ — تقدير المذهب الفردي |
| ١٦٩ | ٢ — المذهب الاجتماعي |
| ١٦٩ | ٩١ — أسس المذهب الاجتماعي |
| ١٧١ | ٩٢ — تقدير المذهب الاجتماعي |
| | ٩٣ — ضرورة الجمع بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي |
| ١٧١ | أو بين المعدل الخاص والمعدل العام |
| ١٧٧ | ٩٤ — القوانين الوضعية المخالفة لفكرة العمل |
| ١٧٨ | ٩٥ — خلاصة هذا الباب |

الباب الثاني

شكل القاعدة القانونية

| | |
|-----|------------|
| ١٧٩ | ٩٦ — تمهيد |
|-----|------------|

الفصل الأول — صياغة القاعدة القانونية

| | |
|-----|---|
| ١٨٠ | ٩٧ — دور الصياغة وأهميته في تكوين القاعدة القانونية |
|-----|---|

| الصفحة | الفترة |
|--------|--|
| ١٨١ | المبحث الأول — أنواع الصياغة القانونية |
| ١٨١ | ٩٨ — تمهيد |
| ١٨١ | ٩٩ — الصياغة الجامدة |
| ١٨٢ | ١٠٠ — الصياغة المرنة |
| ١٨٣ | ١٠١ — مقارنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة |
| ١٨٧ | المبحث الثاني — طرق الصياغة القانونية |
| ١٨٧ | المطلب الأول — الطرق المائية |
| ١٨٨ | ١٠٢ — احلال الحكم محل الكيف |
| ١٨٩ | ١٠٣ — الشكليات |
| ١٩١ | المطلب الثاني — الطرق المعنوية |
| ١٩٢ | ١٠٤ — القرائن القانونية |
| | (١) القرائن القانونية في مجال الإثبات |
| | (٢) القرائن القانونية في مجال القواعد الموضوعية |
| ١٩٩ | ١٠٥ — الافتراض أو الحيل القانونية |
| | الفصل الثاني — اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة |
| ٢٠٢ | في العمل |
| ٢٠٢ | ١٠٦ — تمهيد وتقسيم |
| | المبحث الأول — المصادر الرسمية للقاعدة القانونية |
| ٢٠٣ | بوجه عام |
| ٢٠٣ | ١٠٧ — تمهيد |
| ٢٠٣ | المطلب الأول — العرف والتشريع |
| ٢٠٣ | ١٠٨ — تمهيد واحالة |
| ٢٠٤ | المطلب الثاني — الدين |
| ٢٠٤ | ١٠٩ — صلة الدين بالقانون |
| ٢٠٦ | ١١٠ — الدين المسيحي |
| ٢٠٨ | ١١١ — الدين الاسلامي |

| الصفحة | الفقرة |
|--------|---|
| ٢٠٩ | المطلب الثالث — الفقه |
| ٢١٠ | ١١٢ — الفقه مصدر رسمى في القانون القديم |
| ٢١٠ | ١١٣ — الفقه مصدر تفسيري في القانون الحديث |
| ٢١١ | المطلب الرابع — القضاء |
| ٢١٢ | ١١٤ — القضاء عند الرومان |
| ٢١٢ | ١١٥ — القضاء في القانون الإنجليزي |
| ٢١٣ | ١١٦ — القضاء في أغلب القوانين الحديثة |
| ٢١٣ | ١١٧ — الجدل حول اعتبار القضاء مصدرا رسميا |
| ٢١٥ | ١١٨ — القضاء مصدر تفسيري حيث لا يوجد نظام السوابق القضائية |
| ٢١٨ | ١١٩ — القضاء مصدر تفسيري في القانون المصري |
| ٢٢٠ | المبحث الثاني — المصادر الرسمية للقانون المصري |
| ٢٢٠ | ١٢٠ — تمهيد وتقسيم |
| ٢٢٢ | المطلب الأول — المصادر الأصلية |
| ٢٢٢ | ١٢١ — ازدواج المصدر الأصلي للقانون المصري |
| ٢٢٣ | أولا — التشريع ، المصدر الأصلي العام |
| ٢٢٣ | ١٢٢ — تمهيد وتقسيم |
| ٢٢٤ | § ١ — خصائص التشريع |
| ٢٢٤ | ١٢٣ — تمهيد |
| ٢٢٥ | ١٢٤ — التشريع يضع قاعدة قانونية |
| ٢٢٦ | ١٢٥ — التشريع يصدر في صورة مكتوبة |
| ٢٢٧ | ١٢٦ — التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة |
| ٢٢٨ | § ٢ — سن التشريع |
| ٢٢٨ | ١٢٧ — تمهيد |
| ٢٢٨ | ١٢٨ — التشريع الاساسي |
| ٢٣٠ | ١٢٩ — التشريع العادى |
| | من السلطة التنفيذية التشريع العادى في احوال استثنائية: |
| | (١) تشريع الضرورة (٢) تشريع التفويض |

| الصفحة | الفقرة |
|--------|--|
| ٢٣٥ | ١٣. — التشريع الفرعى |
| | (١) اللوائح التنفيذية (٢) اللوائح التنظيمية |
| | (٣) لوائح الضبط او لوائح البوليس |
| ٢٣٧ | § ٣ — نفاذ التشريع |
| ٢٣٧ | ١٣١ — تمهيد |
| ٢٣٧ | ١٣٢ — اصدار التشريع |
| ٢٣٩ | ١٣٣ — نشر التشريع |
| ٢٤١ | § ٤ — نتائج تدرج التشريع او رقابة صحته |
| ٢٤١ | ١٣٤ — خضوع التشريع الادنى للتشريع الاعلى ، ورقابة ذلك |
| | (١) رقابة صحة التشريع الادنى من حيث الشكل |
| ٢٤٢ | ١٣٥ — لا خلاف على تقرير مثل هذه الرقابة |
| | (٢) رقابة صحة التشريع الادنى من حيث الموضوع |
| ٢٤٢ | ١٣٦ — الخلاف حول هذه الرقابة تبعا لدرجة التشريع الادنى |
| ٢٤٢ | ١٣٧ — التسليم برقابة قانونية اللوائح ودستوريتها |
| ٢٤٣ | ١٣٨ — مشكلة رقابة دستورية القوانين |
| ٢٤٩ | § ٥ — التقنين |
| ٢٤٩ | ١٣٩ — التقنين وضرورته |
| ٢٥٠ | ١٤٠ — مهاجمة فكرة التقنين والرد عليها |
| ٢٥٢ | ١٤١ — حركة التقنين فى العصر الحديث |
| ٢٥٢ | ١٤٢ — حركة التقنين فى مصر |
| ٢٥٤ | ثانيا — الدين ، المصدر الاصلى الخاص |
| ٢٥٤ | ١٤٣ — تمهيد وتقسيم |
| ٢٥٥ | ١٤٤ — مركز الدين قبل صدور التقنينات الاولى |
| ٢٥٥ | ١٤٥ — مركز الدين بعد صدور التقنينات الاولى |
| ٢٥٨ | ١٤٦ — اثر نشاط حركة التشريع الحديثة فى مركز الدين |
| ٢٦٠ | المطلب الثانى — المصادر الاحتياطية |
| ٢٦٠ | ١٤٧ — الحاجة الى المصادر الاحتياطية |
| ٢٦١ | اولا — المصرف |
| ٢٦١ | ١٤٨ — تمهيد |

| الصفحة | الفقرة |
|--------|--|
| ٢٦٢ | § ١ — أركان العرف |
| ٢٦٣ | ١٤٩ — الركن المادى — اطراد العمل بسنة معينة |
| ٢٦٥ | ١٥٠ — الركن المعنوى — العقيدة فى الزام السنة المتبعة العرف والعادة الاتفاقية . |
| ٢٦٩ | ١٥١ — اثبات العرف |
| ٢٧٠ | ١٥٢ — رقابة محكمة النقض على وجود العرف وتطبيقه |
| ٢٧٢ | § ٢ — أساس قوة العرف الملزمة |
| ٢٧٢ | ١٥٣ — اختلاف النظر على أساس الزام العرف |
| ٢٧٣ | ١٥٤ — تأسيس الزام العرف على ارادة المشرع الضمنية |
| ٢٧٤ | ١٥٥ — تأسيس الزام العرف على «الضمير الجماعى» |
| ٢٧٥ | ١٥٦ — تأسيس الزام العرف على احكام القضاء |
| ٢٧٨ | ١٥٧ — قوة الزام العرف الذاتية |
| ٢٧٩ | § ٣ — مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون |
| ٢٧٩ | ١٥٨ — مقام العرف فى القانون الحديث |
| ٢٨٠ | ١٥٩ — تقدم مرتبة التشريع على العرف فى القانون المصرى |
| ٢٨٠ | ١٦٠ — نتائج تخلف المرتبة بالعرف عن التشريع |
| ٢٨٤ | § ٤ — نصيب العرف فى فروع القانون المختلفة |
| ٢٨٤ | ١٦١ — القانون التجارى |
| ٢٨٥ | ١٦٢ — القانون المدنى |
| ٢٨٥ | ١٦٣ — القانون الدستورى |
| ٢٨٥ | ١٦٤ — قانون العقوبات |
| ٢٨٦ | ثانياً — مبادئ الشريعة الاسلامية |
| | ١٦٥ — ادراج مبادئ الشريعة الاسلامية من المصادر الرسمية للقانون المصرى باعتبارها المصدر الاحتياطى الثانى الذى يلى العرف |

الفرع الثانى

تطبيق القاعدة القانونية

| | |
|-----|--|
| ٢٩٣ | مقدمة |
| ٢٩٤ | ١٦٦ — السلطة القضائية تقوم على تطبيق القانون |

| الصفحة | المقرة |
|--------|---|
| ٢٩٤ | ١٦٧ — جهة القضاء العادى |
| ٢٩٦ | ١٦٨ — جهة القضاء الادارى |
| ٢٩٦ | ١٦٩ — حل التنازع بين جهات القضاء المتعددة |
| ٢٩٧ | ١٧٠ — منهج البحث |

الباب الاول

مدى سريان القاعدة القانونية

| | |
|-----|--------------------|
| ٢٩٩ | ١٧١ — تمهيد وتقسيم |
|-----|--------------------|

الفصل الاول — مدى سريان القاعدة القانونية في حق

| | |
|-----|--|
| ٣٠٠ | المخاطبين باحكامها |
| ٣٠٠ | ١٧٢ — مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون |
| ٣٠٠ | ١٧٣ — أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون |
| ٣٠١ | ١٧٤ — مدى مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون |
| ٣٠٣ | ١٧٥ — الاستثناء من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » |

الفصل الثانى — مدى سريان القاعدة القانونية في المكان

| | |
|-----|---|
| ٣٠٨ | ١٧٦ — مشكلة السريان المكاني |
| ٣٠٩ | ١٧٧ — مبدأ الإقليمية ومبدأ الشخصية في سريان القاعدة القانونية |
| ٣١٠ | ١٧٨ — مدى السريان المكاني للقانون المصرى |

الفصل الثالث — مدى سريان القاعدة القانونية في الزمان

| | |
|-----|-------------|
| ٣١٤ | ١٧٩ — تقسيم |
|-----|-------------|

المبحث الاول — الغاء القاعدة القانونية

| | |
|-----|------------------------------------|
| ٣١٥ | ١٨٠ — تمهيد |
| ٣١٥ | ١٨١ — الالفاء الصريح |
| ٣١٦ | ١٨٢ — الالفاء الضمنى |
| ٣٢٠ | ١٨٣ — سلطة الغاء القاعدة القانونية |

المبحث الثانى — تنازع القواعد القانونية في الزمان

| | |
|-----|-----------------------------|
| ٣٢٢ | ١٨٤ — مشكلة التنازع الزماني |
|-----|-----------------------------|

| الصفحة | الفقرة |
|------------|---|
| ٣٢٣ | ١٨٥ — مبدأ عدم رجعية القوانين |
| ٣٢٥ | ١٨٦ — عدم كفاية مبدأ عدم رجعية القوانين لحل مشاكل النزاع بينهما في الزمان |
| ٣٢٥ | ١٨٧ — منهج البحث |
| ٣٢٦ | المطلب الأول — اصول حل مشكلة النزاع الزمانى |
| ٣٢٦ | ١٨٨ — تعدد النظريات الفقهية |
| ٣٢٧ | أولا — النظرية التقليدية في التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل |
| ٣٢٧ | ١٨٩ — المبدأ هو عدم الرجعية ، أى عدم المساس بحق مكتسب |
| ٣٢٩ | ١٩٠ — استثناءات مبدأ عدم الرجعية |
| ٣٣٢ | ١٩١ — تقدير النظرية التقليدية |
| ٣٣٥ | ثانيا — نظرية « ديجى » في التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية |
| ٣٣٥ | ١٩٢ — تمهيد |
| ٣٣٥ | ١٩٣ — القوانين المتعلقة بالأعمال |
| ٣٣٦ | ١٩٤ — القوانين المتعلقة بالمراكز القانونية |
| ٣٣٩ | ١٩٥ — تقدير نظرية « ديجى » |
| ٣٤١ | ثالثا — النظرية الحديثة في التفرقة بين الأثر الرجعى والأثر المباشر |
| ٣٤١ | ١٩٦ — تمهيد |
| ٣٤٢ | ١ — انعدام الأثر الرجعى للقانون الجديد |
| ٣٤٢ | ١٩٧ — القاعدة هي عدم الرجعية |
| ٣٤٥ | ١٩٨ — استثناءات عدم الرجعية |
| ٣٤٦ | ٢ — الأثر المباشر للقانون الجديد |
| ٣٤٦ | ١٩٩ — ضرورة اكمال مبدأ عدم رجعية القانون الجديد بمبدأ أثره المباشر |
| ٣٤٩ | ٢٠٠ — الخروج على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد باخضاع المراكز المعقّدة الجارية للأثر المستمر للقانون القديم |
| ٣٥٤ | ٢٠١ — تقدير النظرية الحديثة |

| الصفحة | الفترة |
|--------|---|
| ٣٥٧ | ٢٠٢ — النظريات الفقهية وأحكام القضاء في مشكلة التنازع الزماني |
| ٣٥٨ | ٢٠٣ — الموجهات والاصول العامة في حل مشكلة التنازع الزماني ... |

المطلب الثاني — الحلول العامة الوضعية لبعض

| | |
|-----|---|
| ٣٦٢ | مشاكل التنازع الزماني |
| ٣٦٢ | ٢٠٤ — تمهيد |
| ٣٦٣ | ٢٠٥ — التنازع الزماني بين قوانين الاهلية |
| ٣٦٦ | ٢٠٦ — التنازع الزماني بين قوانين التقادم |
| ٣٦٩ | ٢٠٧ — التنازع الزماني بين قوانين الاثبات |
| ٣٧١ | ٢٠٨ — التنازع الزماني بين قوانين المرافعات |
| ٣٧٤ | ٢٠٩ — التنازع الزماني بين قوانين العقوبات |

الباب الثاني

تفسير القاعدة القانونية

| | |
|-----|---------------------------|
| ٣٧٩ | ٢١٠ — تمهيد وتقسيم |
|-----|---------------------------|

الفصل الأول — انواع التفسير

| | |
|-----|--------------------------------------|
| ٣٨١ | ٢١١ — التفسير التشريعي |
| ٣٨٢ | ٢١٢ — التفسير الفقهي والقضائي |

الفصل الثاني — مدارس التفسير وطرائقه

| | |
|-----|---|
| ٣٨٤ | ٢١٣ — المطلب الاول — مدرسة التزام النص |
| ٣٨٤ | ٢١٣ — فقه مدرسة التزام النص وطرائقها |
| ٣٩٠ | ٢١٤ — نقد مدرسة التزام النص |

المطلب الثاني — المدرسة التاريخية او الاجتماعية

| | |
|-----|--|
| ٣٩١ | ٢١٥ — تطور التفسير بتطور الظروف الاجتماعية |
| ٣٩٢ | ٢١٦ — تقدير المدرسة الاجتماعية او التاريخية |

المطلب الثالث — المدرسة العلمية

| | |
|-----|------------------------------------|
| ٣٩٢ | ٢١٧ — البحث العلمي الحر |
| ٣٩٣ | ٢١٨ — تقدير المدرسة العلمية |

المطلب الرابع — التفسير في القانون الوضعى المصرى

- ٢١٩ — نص المشرع المصرى على الرجوع الى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة عند قصور المصادر الرسمية ،
٣٩٤ ودلالته

القسم الثانى

النظرية العامة للحق

- ٢٢٠ — تقسيم ٣٩٩

باب تمهيدى

فى الحق بوجه عام

- ٢٢١ — الحق والقانون ٤٠١
٢٢٢ — تقسيم ٤٠٢

الفصل الاول — وجود فكرة الحق

- ٢٢٣ — تمهيد ٤٠٣
٢٢٤ — انكار وجود الحق ٤٠٣
٢٢٥ — الإبقاء على فكرة الحق ٤٠٦

الفصل الثانى — تعريف الحق

- ٢٢٦ — تمهيد ٤١١
٢٢٧ — الاتجاه الشخصى ٤١١
٢٢٨ — الاتجاه الموضوعى ٤١٣
٢٢٩ — الاتجاه المختلط ٤١٦
٢٣٠ — تحليل الحق وتعريفه ٤١٧

الفصل الثالث — أنواع الحق

- ٢٣١ — تعدد أنواع الحق وتقسيماته ٤٢٤

المبحث الاول — حقوق الشخصية

- ٢٣٢ — التصوير السائد لحقوق الشخصية ٤٢٨

| الصفحة | المفردة |
|--------|--|
| ٤٣٣ | ٢٣٣ — نقد التصوير السائد ، والحد من نطاق الحقوق الشخصية ... |
| ٤٣٥ | ٢٣٤ — خصائص حقوق الشخصية ... |
| | المبحث الثاني — الحقوق العينية والحقوق الشخصية |
| ٤٣٩ | أو حقوق الدائنية ... |
| ٤٣٩ | ٢٣٥ — تمهيد ... |
| ٤٣٩ | المطلب الأول — الحق العيني ... |
| ٤٣٩ | ٢٣٦ — تعريف الحق العيني ، وأنواعه ... |
| ٤٤٠ | ٢٣٧ — الحقوق العينية الأصلية ... |
| ٤٤٥ | ٢٣٨ — الحقوق العينية التبعية ... |
| ٤٤٧ | المطلب الثاني — الحق الشخصي أو حق الدائنية ... |
| ٤٤٧ | ٢٣٩ — تعريف الحق الشخصي أو حق الدائنية ... |
| | المطلب الثالث — التفرقة بين الحق العيني وبين |
| ٤٥٠ | الحق الشخصي ... |
| ٤٥٠ | ٢٤٠ — التفرقة التقليدية بين الحقتين ... |
| ٤٥١ | ٢٤١ — محاولة تقرب الحق العيني من الحق الشخصي ... |
| ٤٥٢ | ٢٤٢ — الإبقاء على التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي ... |
| ٤٥٥ | ٢٤٣ — آثار التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي ... |
| ٤٦٢ | المبحث الثالث — الحقوق الذهنية ... |
| ٤٦٢ | ٢٤٤ — ظهور طائفة الحقوق الذهنية وتصدى التشريعات الحديثة لتنظيم أحكامها ... |
| ٤٦٤ | ٢٤٥ — معيار الحقوق الذهنية ... |
| ٤٦٦ | ٢٤٦ — أصحاب الحقوق الذهنية ... |
| | (١) المصنف المشترك (٢) المصنف الجماعي . |
| ٤٦٩ | ٢٤٧ — طبيعة الحقوق الذهنية ... |
| ٤٧١ | ٢٤٨ — الحق المعنوي ... |
| ٤٧٣ | ٢٤٩ — الحق المالى ... |
| ٤٧٤ | ٢٥٠ — آثار التمييز بين الحق المعنوي والحق المالى ... |

| الصفحة | الفقرة |
|--------|---|
| ٤٨٠ | الفصل الرابع — النمة المالية |
| ٢٥١ | — تعريف النمة المالية ، والخلاف حول تأصيلها |
| ٢٥٢ | — نظرية الشخصية |
| ٢٥٣ | — نظرية التخصيص |
| ٢٥٤ | — تقدير النظريتين |
| ٢٥٥ | — جوهر فكرة النمة المالية |
| ٢٥٦ | — أهمية النمة المالية |

الباب الأول صاحب الحق

| | |
|-----|-------------------------|
| ٢٥٧ | — صاحب الحق هو الشخص |
| ٢٥٨ | — مدلول الشخصية |
| ٢٥٩ | — الشخصية وأهلية الوجوب |
| ٢٦٠ | — منهج البحث |

الفصل الأول — الشخص الطبيعي

| | |
|-----|----------------|
| ٢٦١ | — تمهيد وتقسيم |
|-----|----------------|

المبحث الأول — مدة الشخصية

| | |
|-----|---------|
| ٢٦٢ | — تمهيد |
|-----|---------|

المطلب الأول — بداية الشخصية

| | |
|-----|---|
| ٢٦٣ | — ابتداء شخصية الإنسان بتنام ولادته حيا |
| ٢٦٤ | — مركز الجنين أو الحمل |

المطلب الثاني — نهاية الشخصية

| | |
|-----|---|
| ٢٦٥ | — نهاية الشخصية بالموت الحقيقي |
| ٢٦٦ | — نهاية الشخصية بالموت الحكيم أو التقديرى |

المبحث الثاني — مميزات الشخصية

| | |
|-----|----------------|
| ٢٦٧ | — تمهيد وتقسيم |
|-----|----------------|

| | | |
|-----|---|-----|
| ٥١٦ | المطلب الأول — الحالة | ٥١٦ |
| ٥١٦ | ٢٦٨ — تحديد الحالة | ٥١٦ |
| ٥١٨ | (١) الحالة السياسية أو الجنسية | ٥١٨ |
| ٥١٨ | ٢٦٩ — أهمية الحالة السياسية | ٥١٨ |
| ٥١٩ | ٢٧٠ — الجنسية الاصلية والجنسية الطارئة | ٥١٩ |
| ٥٢٠ | (٢) الحالة العائلية أو القرابة | ٥٢٠ |
| ٥٢٠ | ٢٧١ — قرابة النسب | ٥٢٠ |
| ٥٢٢ | ٢٧٢ — قرابة المصاهرة | ٥٢٢ |
| ٥٢٢ | ٢٧٣ — أهمية القرابة | ٥٢٢ |
| ٥٢٣ | (٣) الحالة الدينية | ٥٢٣ |
| ٥٢٣ | ٢٧٤ — اعتداد القانون المصرى بالحالة الدينية اعتداد استثنائى | ٥٢٣ |
| ٥٢٥ | المطلب الثانى — الاسم | ٥٢٥ |
| ٥٢٥ | ٢٧٥ — تحديد الاسم ، وأهميته وطرق اكتسابه | ٥٢٥ |
| ٥٢٦ | ٢٧٦ — التكيف القانونى للاسم | ٥٢٦ |
| ٥٢٩ | ٢٧٧ — حماية الاسم | ٥٢٩ |
| ٥٣١ | ٢٧٨ — خصائص الاسم | ٥٣١ |
| ٥٣٤ | ٢٧٩ — اسم الشهرة والاسم المستعار | ٥٣٤ |
| ٥٣٦ | ٢٨٠ — الاسم التجارى | ٥٣٦ |
| ٥٣٨ | المطلب الثالث — الموطن | ٥٣٨ |
| ٥٣٨ | ٢٨١ — أهمية الموطن وتقسيمه | ٥٣٨ |
| ٥٣٩ | § ١ — الموطن المصام | ٥٣٩ |
| ٥٣٩ | ٢٨٢ — تراوح تحديد الموطن العلم بين الاختيار والالزام | ٥٣٩ |
| ٥٤٠ | ٢٨٣ — الموطن الارادى أو الاختيارى | ٥٤٠ |
| | التصوير الواقعى والتصوير الحكمى ، وأخذ القانون المصرى | |
| | بالتصوير الاول | |
| ٥٤٤ | ٢٨٤ — الموطن القنونى أو الالزامى | ٥٤٤ |
| ٥٤٦ | § ٢ — الموطن الخاص | ٥٤٦ |
| ٥٤٧ | ٢٨٥ — الموطن التجارى أو الحرفى | ٥٤٧ |

| الصفحة | المقالة |
|--------|---|
| ٢٨٦ | موطن ناقص الاهلية في شأن ما يعتبر أهلا لمباشرته من تصرفات |
| ٥٤٧ | ٢٨٧ — الموطن المختار |
| ٥٤٨ | |

المبحث الثالث — القشاط الإرادى للشخصية او اهلية الأداء .

| | |
|-----|---|
| ٢٨٨ | ٥٥٠ — تعريف أهلية الأداء |
| ٢٨٩ | ٥٥٠ — نطاق أهلية الأداء |
| ٢٩٠ | ٥٥٢ — منطاط أهلية الأداء |
| ٢٩١ | ٥٥٤ — أنواع التصرفات القانونية التى ترد عليها الاهلية |
| ٢٩٢ | ٥٥٥ — منهج البحث |

| | |
|-----|--|
| ٢٩٣ | ٥٥٥ — انعدام الاهلية |
| ٢٩٤ | ٥٥٥ — نقص الاهلية |
| ٢٩٥ | ٥٥٦ — ١ — حكم القواعد العامة |
| | ٢ — الخروج على حكم القواعد العامة فى حالات معينة . |
| ٢٩٥ | ٥٦٢ — كمال الاهلية |

| | |
|-----|---|
| ٢٩٦ | ٥٦٣ — المطلب الثانى — عوارض الاهلية |
| ٢٩٦ | ٥٦٣ — أثر عوارض الاهلية فى اعدامها او الانتقاص منها |
| ٢٩٧ | ٥٦٣ — الجنون والعتسه |
| ٢٩٨ | ٥٦٦ — السفه والغفلة |
| | (١) نقص أهلية السفه وذى الغفلة فى الاصل بالحجر عليه . |
| | (٢) الخروج على اصل نقص أهلية السفه او ذى الغفلة |
| | الحجور عليه فى حالات معينة . |

| | |
|-----|--|
| ٢٩٩ | ٥٦٩ — المطلب الثالث — موانع الاهلية |
| ٣٠٠ | ٥٦٩ — طبيعة موانع الاهلية وتعدادها |
| ٣٠١ | ٥٧٠ — المانع المادى بالغيبية |
| ٣٠٢ | ٥٧١ — المانع القانونى بالحكم بعقوبة جنلية |
| | ٥٧٢ — المانع الطبيعى بالعاهتين او المعجز الجسمائى الشديد |

الفصل الثانى — الشخص المعنوى او الاعتبارى

| | |
|-----|--|
| ٣٠٣ | ٥٧٥ — أهمية الشخصية المعنوية او الاعتبارية ولزومها |
| ٣٠٤ | ٥٧٧ — منهج البحث |

المبحث الأول — النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

٣٠٥ — تمهيد وتقسيم ٥٧٨

المطلب الأول — طبيعة الشخصية الاعتبارية ٥٧٩

٣٠٦ — الخلاف حول طبيعة الشخصية الاعتبارية وأهميته العملية ٥٧٩

٣٠٧ — نظرية الشخصية الافتراضية ٥٧٩

٣٠٨ — نظرية الشخصية الحقيقية ٥٨٢

(١) نظريات تماثل الشخصية الاعتبارية والشخصية الطبيعية

(٢) نظرية المصلحة الجماعية

(٣) النظرية الاجتماعية أو نظرية النظم

٣٠٩ — جوهر حقيقة الشخصية الاعتبارية ٥٨٧

المطلب الثاني — ابتداء الشخصية الاعتبارية ٥٩١

٣١٠ — اكتساب الشخصية الاعتبارية منوط باعتراف القانون ٥٩١

٣١١ — الاعتراف العام والاعتراف الخاص ٥٩٤

٣١٢ — مركز الشخص الاعتباري في مرحلة تكوينه وقبل ابتداء

شخصيته ٥٩٥

المطلب الثالث — مدى الشخصية الاعتبارية ٥٩٧

٣١٣ — أهلية وجوب الشخص الاعتباري المحدودة ٥٩٧

٣١٤ — قيود أهلية وجوب الشخص الاعتباري ٥٩٩

(١) الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الإنسان

(٢) مبدأ التخصص .

المطلب الرابع — مميزات الشخصية الاعتبارية ٦٠٤

٣١٥ — تمهيد ٦٠٤

٣١٦ — حالة الشخص الاعتباري ٦٠٥

جنسية الشخص الاعتباري (ص ٦٠٦) .

٣١٧ — اسم الشخص الاعتباري ٦١٠

٣١٨ — موطن الشخص الاعتباري ٦١١

٣١٩ — نمة الشخص الاعتباري المستقلة ٦١٢

المطلب الخامس — نشاط الشخصية الاعتبارية

- ٣٢٠ — استحالة نشاط الشخص الاعتباري بنفسه ، وضرورة
نشاطه بواسطة أشخاص طبيعيين ... ٦١٣ ...
٣٢١ — مركز الأشخاص الطبيعيين من الشخص الاعتباري الذي
يباشرون عنه نشاطه ... ٦١٤ ...
٣٢٢ — أهلية الاداء والشخص الاعتباري ... ٦١٨ ...
٣٢٣ — مسؤولية الشخص الاعتباري ... ٦١٩ ...
(١) المسؤولية المدنية . (٢) المسؤولية الجنائية .
٣٢٤ — مبدأ التخصص واثره في تقييد نشاط الشخص الاعتباري ... ٦٢١

المطلب السادس — انقضاء الشخصية الاعتبارية

- ٣٢٥ — أسباب الانقضاء ... ٦٢٢ ...
٣٢٦ — نيل الانقضاء ... ٦٢٤ ...

المبحث الثاني — أنواع الشخص الاعتباري

- ٣٢٧ — تقسيم الأشخاص الاعتبارية الى عامة وخاصة ... ٦٢٦

المطلب الأول — الأشخاص الاعتبارية العامة

- ٣٢٨ — طوائف الأشخاص الاعتبارية العامة ... ٦٢٨ ...
(١) الأشخاص الاعتبارية الإقليمية .
(٢) المنشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة .

المطلب الثاني — الأشخاص الاعتبارية الخاصة

- ٣٢٩ — تقسيم ... ٦٣٣ ...
§ ١ — جماعات الأشخاص
٣٣٠ — تمهيد وتقسيم ... ٦٣٣ ...

(١) الشركات

- ٣٣١ — مقومات الشركة وأنواعها ... ٦٣٤ ...
٣٣٢ — تكوين الشركة وبداية شخصيتها ... ٦٣٥ ...
٣٣٣ — انقضاء الشركة ... ٦٣٦ ...

| الصفحة | الفقرة |
|--------|--|
| | (٢) الجمعيات |
| ٦٣٧ | ٣٣٤ — تمهيد |
| ٦٣٧ | ٣٣٥ — مقومات الجمعية |
| ٦٣٨ | ٣٣٦ — نشوء الجمعية وبدء شخصيتها |
| ٦٤٠ | ٣٣٧ — قيود أهلية وجوب الجمعية |
| ٦٤٢ | ٣٣٨ — نشاط الجمعية |
| ٦٤٤ | ٣٣٩ — انقضاء الجمعية |
| ٦٤٦ | ٣٤٠ — الجمعيات ذات النفع العام أو الصفة العامة |
| | § ٢ — مجموعات الأموال |
| ٦٤٨ | ٣٤١ — تمهيد وتقسيم |
| | (١) الأوقاف |
| ٦٤٩ | ٣٤٢ — شخصية الوقف الاعتبارية |
| ٦٥١ | ٣٤٣ — مصر نظام الوقف |
| | (٢) المؤسسات الخاصة |
| ٦٥٢ | ٣٤٤ — تمهيد |
| ٦٥٣ | ٣٤٥ — مقومات المؤسسة الخاصة |
| ٦٥٤ | ٣٤٦ — انشاء المؤسسة الخاصة وبدء شخصيتها |
| ٦٥٦ | ٣٤٧ — مدى شخصية المؤسسة الخاصة ونشاطها |
| ٦٥٨ | ٣٤٨ — انقضاء المؤسسة |

الباب الثاني محل الحق

| | |
|-----|---|
| ٦٦٠ | ٣٤٩ — تمهيد وتقسيم |
| | الفصل الأول — الاشياء |
| ٦٦١ | ٣٥٠ — مدلول الشيء ، وتمييزه عن المال |
| ٦٦٢ | ٣٥١ — الاشياء المادية ، مقوماتها وتقسيماتها |
| ٦٦٤ | المبحث الأول — المقارنات والمقولات |
| ٦٦٤ | ٣٥٢ — أساس التقسيم وأهميته |
| ٦٦٧ | المطلب الأول — المقارنات |
| ٦٦٧ | ٣٥٣ — الاصل والاستثناء |

| الصفحة | الفقرة |
|--------|--|
| ٦٦٧ | ٣٥٤ — العقارات بالطبيعة |
| ٦٦٨ | ٣٥٥ — العقارات بالتخصيص |
| ٦٧٢ | المطلب الثاني — المنقولات |
| ٦٧٢ | ٣٥٦ — الاصل والاستثناءات |
| ٦٧٣ | ٣٥٧ — المنقولات بالطبيعة |
| ٦٧٣ | ٣٥٨ — المنقولات بالمال |
| ٦٧٦ | ٣٥٩ — المنقولات العنوية |
| ٦٧٧ | المبحث الثاني — الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك |
| ٦٧٧ | ٣٦٠ — أساس التقسيم وأهميته |
| ٦٧٨ | المبحث الثالث — الأشياء المثلثة والقيمة |
| ٦٧٨ | ٣٦١ — أساس التقسيم وأهميته |
| ٦٨٠ | الفصل الثاني — الأعمال |
| ٦٨٠ | ٣٦٢ — العمل وشروطه بوصفه محلاً للحق الامكان — التعيين — المشروعية |

الباب الثالث

مصادر الحق

| | |
|-----|---|
| ٦٨٣ | ٣٦٣ — الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، وتأصيل التفرقة بينهما |
| ٦٨٦ | ٣٦٤ — أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية |
| ٦٨٩ | الفصل الأول — الواقعة القانونية |
| ٦٨٩ | ٣٦٥ — الواقعة القانونية ، أنواعها وأهميتها وآثارها |
| ٦٩٤ | الفصل الثاني — التصرف القانوني |
| ٦٩٤ | ٣٦٦ — التصرف القانوني ، أهميته وآثاره |
| ٦٩٧ | ٣٦٧ — أنواع التصرف القانوني وأقسامه |
| ٧٠٤ | ٣٦٨ — مبدأ سلطان الإرادة وقيوده |

الباب الرابع استعمال الحق

- ٣٦٩ — استعمال الحق في تطوره من الاطلاق الى التقييد ٧٠٩
- فصل وحيد — نظرية التعسف في استعمال الحق ٧١٢
- ٣٧٠ — الأصول التاريخية للنظرية ، واستقرارها في القانون الحديث ٧١٢
- ٣٧١ — منهج البحث ٧١٥
- الفصل الاول — تاصيل التعسف وموضع نظريته** ٧١٦
- ٣٧٢ — الربط بين التعسف والخطأ داخل دائرة المسؤولية التقصيرية
- مناقشة هذا الاتجاه ورفضه ٧١٦
- (١) مذهب التسوية بين التعسف في استعمال الحق ومجاوزة الحق .
- (٢) مذهب التسوية بين التعسف والخطأ التقصيري .
- (٣) مذهب اعتبار التعسف نوعاً مميزاً من الخطأ .
- ٣٧٣ — ارتباط التعسف بفكرة الحق ، واستقلاله بنظرية عامة خارج دائرة المسؤولية التقصيرية ٧٢٢
- المبحث الثاني — معايير التعسف وضوابطه** ٧٢٧
- ٣٧٤ — أصول ووسائل تحديد معيار التعسف ٧٢٧
- ٣٧٥ — اخذ المشرع المصري بمجموعة من معايير التعسف وضوابطه ٧٣١
- ٣٧٦ — تحضى قصد الاضرار بالغير ٧٣١
- ٣٧٧ — انعدام تناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يحيق بالغير ٧٣٢
- ٣٧٨ — عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق ٧٣٤
- ٣٧٩ — الضرر الفاحش ٧٣٦
- ٣٨٠ — تقدير مسلك المشرع المصري ٧٣٩
- المبحث الثالث — محل التعسف** ٧٤١
- ٣٨١ — تمهيد ٧٤١
- ٣٨٢ — التعسف يرد على استعمال الحقوق دون ممارسة الحريات
- أو الرخص العامة ٧٤١

| الصفحة | الفقرة |
|--------|--|
| ٣٨٣ | التعسف يرد على كافة الحقوق — رفض فكرة الحقوق المطلقة أو التقديرية |
| ٧٤٥ | حق الايصاء — حق الطلاق — الحق المعنوى للمؤلف . |
| ٧٤٨ | المبحث الرابع — اثبات التعسف وجزاؤه |
| ٣٨٤ | تحمل مدعى التعسف بعبء اثباته |
| ٣٨٥ | الجزاء التعميضي والجزاء الوقائي على التعسف |
| ٧٥١ | الفهرس |

تصويب أهم الأخطاء

| الصفحة | السطر | الخطأ | الصواب |
|--------|-------|----------------------|------------------------------|
| ٢٥ | ١ | القبيلة | القبيلة |
| ٢٦ | ٧ | به انه | بل انه |
| ٢٧ | ١٩ | تتحدد | تتحدد |
| ٢٨ | ٢ | ما يميز | ما يميز |
| ٢٩ | ١٤ | مالك الجار | ملك الجار |
| ٣٥ | ١٨ | مارسة | ممارسة |
| ٣٦ | ١ | عليهما | عليهما |
| ٣٧ | ١ | يكلفه | يكلفه |
| ٣٨ | ١٣ | لا تتم الا | لا تتم |
| ٤٧ | ٢٣ | التزويج | التزوج |
| ٤٩ | ٧ | الحد الأدنى | الحد الأدنى |
| ٥٦ | ٩ | بصفقتها | بصفقتها |
| ٦٦ | ١٨ | دخلا | داخلا |
| ٦٨ | ٨ | ان اجرائى | او اجرائى |
| ٧٢ | ١١ | ايد | يد |
| ٩٠ | ١٢ | حبرا | جبرا |
| ١٠٤ | ٢٠ | القانون | القانون الطبيعي |
| ١٠٥ | ١٠ | وضعية | الوضعية |
| ١٠٥ | ١٣ | مقاتلون | مقاتلون |
| ١١٢ | ١ | هو في | هو |
| ١١٤ | ٦ | يبين | بين |
| ١٢٢ | ٢٣ | يجدها | يحددها |
| ١٢٣ | ١٤ | تفرقة | تفرقه |
| ١٢٤ | ٢١ | جهدا | جهد |
| ١٤٠ | ١٣ | الواقعية أو الطبيعية | الحقائق الواقعية أو الطبيعية |
| ١٥٤ | ١٤ | حسد | حد |
| ١٥٦ | ٥ | بحث | بحث |
| ١٧٠ | ٢٤ | أعضاءها | باعتبارهم أعضاءها |
| ١٧٧ | ٢٠ | وان يكون | وان يكن |
| ١٨٠ | ٧ | العدل | العدالة |
| ٢١٣ | ٤ | Precedent | Precedent (٢) |
| ٣٠٣ | ٨ | سكوتها | سكوتها |
| ٣٠٦ | ٥ | غلطة | غلطه |

تصويب أهم الأخطاء

| الصفحة | السطر | الخطأ | التصواب |
|--------|--------------|-----------|-------------|
| ٣٧٢ | ٢٥ | فيها بعد | فيها بعد |
| ٣٩٤ | ١٤ | الموضعي | الموضعي |
| ٤٠٩ | ١ | منها | عنها |
| ٤٣٥ | ١ | عن غناء | عن غناء |
| ٤٥٨ | ٢٢ | التزاحم | هذا التزاحم |
| ٤٦٩ | ١٤ | التأييد | التأييد |
| ٤٧٠ | ١ | مجموعة | مجموعه |
| ٤٧٣ | ٥ | ومجم | وتهمج |
| ٤٧٧ | ٦ (مباش) | المادة | المدة |
| ٤٩٣ | ٥ | تكن | تكون |
| ٤٩٣ | ٧ | هي | — وهي |
| ٤٩٦ | ٦ | متميز من | يز له من |
| ٥٠١ | ٢٢ | هذا في | في |
| ٥٠٩ | ٢ (مباش) | نابتا | ثابتا |
| ٥٤٥ | ١٧ | كفت | كانت |
| ٥٥٧ | ١٧ | كألم | كان لم |
| ٥٦٣ | ١٠ | الحجز | الحجر |
| ٥٧٨ | ٣ | الفرع | الفصل |
| ٥٨١ | ١٣ | يختمها | يحتمها |
| ٥٨٢ | ٩ | شخصية | شخصية |
| ٦٠٠ | ١٥ | الحقق | الحقق |
| ٦٣١ | ٧ | عامة ولا | عامة ولا |
| ٦٣١ | الآخر (مباش) | ٢٦٧ — ٢٦٩ | ٢٦٩ — ٢٦٧ |
| ٦٣٧ | قبل الآخر | التأييد | تأييد |
| ٦٥٧ | ١٩ | الجهة | لجهة |
| ٦٦١ | ٨ | الاستعمال | الاستعمال |

استدراك

سقطت بعض السطور أثناء الطبع ، ننبه الى مواضع اضافتها فيما يلي :

— يوضع بعد السطر السادس من ص ٣١٩ السطر التالي :

« الأحكام الخاصة السابقة قائمة باعتبارها استثناء من الأحكام العامة اللاحقة »

— يوضع بعد السطر السادس عشر من ص ٤٣٠ السطر التالي :

« والسمعة والمعتقدات والأفكار والمشاعر . فهذه المقومات عناصر أساسية »

Bibliotheca Alexandrina



0356987

مطابع مؤسسة الاعراب